Die rechtliche Ordnung des Marketings im Bankengewerbe

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines
Doctor iuris der Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

HANSPETER RENTSCH

von Ferenbalm BE

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1978

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548111_0009

Die rechtliche Ordnung des Marketings im Bankengewerbe

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines
Doctor iuris der Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

HANSPETER RENTSCH

von Ferenbalm BE

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1978

Die Fakultät hat diese Arbeit am 2. März 1978 auf Antrag von Prof. Dr. Walter R. Schluep als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

VORWORT

Bis vor kurzem zeichnete sich das Marktverhalten der Banken durch eine auffallende Zurückhaltung aus; ein aktives Marktverhalten war mit dem Standesbewusstsein des Bankiers nicht zu vereinbaren. Ganz besonders deutlich kam diese Haltung in den Bankinseraten zum Ausdruck, die von den Amerikanern verächtlich als "Thombstones" (Grabsteine) bezeichnet wurden.

Inzwischen ist der Rückstand aufgeholt. Die zunehmende Universalisierung, die Ausrichtung auf die Massenkundschaft und der damit verbundene stärkere Konkurrenzkampf haben auch die Banken gezwungen, vom Markt her zu denken.

Parallel zu dieser verstärkten Ausrichtung auf den Markt hat sich das Netz der rechtlichen Normen, mit dem die Banken konfrontiert werden, immer mehr vermascht. Die Banken müssen sich heute mit einer Vielzahl von Vorschriften bankspezifischer und allgemeiner Art auseinandersetzen. Diese Rechtsnormen sollen hier etwas näher beleuchtet werden.

Die vorliegende Arbeit geht auf eine Anregung von Prof. Dr. Walter R. Schluep zurück. Ihm schulde ich Dank für die grosse akademische Freiheit bei der Ausgestaltung des Manuskripts und für wertvolle Anregungen. Ganz besonderer Dank gebührt meinem Vater, der mir in zahlreichen Gesprächen Einblick in die Praxis gegeben und mir damit geholfen hat, die Akzente richtig zu setzen. Dankbar verpflichtet bin ich schliesslich meiner Frau Christine, die unermüdlich die umfangreichen Schreibarbeiten erledigt hat.

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis IX
Abkürzungsverzeichnis XX

I. Kapitel

Wirtschaftliche Grundlagen

1. Begriff und Bedeutung des Marketings 2

1.1. Der Begriff des Marketings 2
1.2. Marketing und Recht 3
1.3. Der Begriff des Marketings im juristischen Sprachgebrauch 5

2. Das Marketing der Banken 6

2.1. Besonderheiten des Bankmarketings 6
2.2. Die Marktform 8
2.3. Die absatzpolitischen Instrumente der Banken 11
2.3.1. Marktforschung 11
2.3.1.1. Aufgaben der Marktforschung 11
2.3.1.2. Methoden der Marktforschung 12
2.3.2. Marktleistungspolitik 14
2.3.2.1. Leistungs- und Sortimentsgestaltung 14
2.3.2.2. Kundendienst 17
2.3.3. Preisgestaltung 18
2.3.3.1. Die preispolitischen Instrumente der Banken 18
2.3.3.2. Die Grenzen preispolitischer Manipulationen 19
2.3.3.3. Besonderheiten der Preisfestsetzung 20
2.3.3.4. Preisvereinbarungen 21
2.3.3.5. Preisführerschaft 24
2.3.3.6. Preisdifferenzierungen 25
2.3.3.7. Rabatte und Gratisleistungen 26
2.3.4. Marktbearbeitung 27
2.3.4.1. Werbung 27
a) Werbemittel 28
b) Der Inhalt der Bankwerbung 30
2.3.4.2. Public Relations 32
2.3.4.3. Der persönliche Verkauf 33
2.3.4.4. Verkaufsförderung 34
2.3.5. Distribution 35
2.3.5.1. Vertriebssystem 35
2.3.5.2. Absatzform 37
a) Absatz durch betriebseigene Verkaufsorgane 37
b) Absatz über fremde Organisationen 39
2.3.5.3. Absatzwege 39
2.4. Der Einsatz des absatzpolitischen Instrumentariums 40

II. Kapitel

Öffentlich-rechtliche Schranken des Marketings im Bankengewerbe

3. Die verfassungsmässige Grundlage des Marketings 44

3.1. Der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit 44
3.2. Der persönliche Geltungsbereich der HGF 46
3.3. Das Verhältnis der HGF zum Marketing 49
3.4. Die Vorbehalte der HGF 50
3.5. Bedeutung und Stellung der HGF in der Wirtschaftsverfassung 55

4. Polizeiliche Schranken des Bankmarketings 57

4.1. Prinzipien des Polizeirechts 57
4.2. Polizeilich geschützte Rechtsgüter 59
4.3. Polizeiliche Schranken des Bundes 61
4.3.1. Beschränkung der Kredittätigkeit 61
4.3.1.1. Vorschriften über das Deckungsverhältnis und die Liquidität 61
4.3.1.2. Klumpenrisiken 64
4.3.1.3. Organkredite 66
4.3.2. Beschränkung der Werbung 69
4.3.2.1. Innerhalb der Bankengesetzgebung 69
4.3.2.2. Ausserhalb der Bankengesetzgebung 73
4.3.3. Beschränkung des Devisenhandels 74
4.3 4. Vorschriften über Prämienanleihen 77
4.3.5. Vorschriften über Kleinkredite 79
4.4. Kantonale wirtschaftspolizeiliche Schranken 82
4.4.1. Die Befugnis der Kantone zum Erlass von Bestimmungen im Bankengewerbe 82
4.4.2. Pfandrechte zur Sicherstellung von Spareinlagen 83
4.4.3. Höchstpreisvorschriften 85
4.4.4. Vorschriften über den Wertpapierhandel 88
4.4.5. Vorschriften über die Anlage und Verwahrung von Mündelvermögen 91
4.4.6. Bestimmungen über die Depositenstelle bei Aktienkapitaleinzahlungen 93
4.4.7. Schalteröffnungszeiten 94
4.4.8. Beschränkungen der Distribution 97
4.4.8.1. Aussendienst 97
4.4.8.2. Verkaufswagen 99
4.4.8.3. Automaten 100

5. Nichtpolizeiliche Schranken des Bankmarketings 102

5.1. Geld- und Kreditpolitische Schranken 102
5.1.1. Allgemeines 102
5.1.2. Diskont- und Lombardpolitik 104
5.1.3. Offenmarktpolitik 105
5.1.4. Mindestreservepolitik 106
5.1.5. Kreditbeschränkung 110
5.1.6. Beschränkung der Emissionstätigkeit 113
5.1.7. Einflussnahme auf den Kapitalexport 115
5.1.8. Beschränkung des Zuflusses ausländischer Gelder 116
5.1.9. Festlegung der Zinse bei Kassaobligationen 119
5.1.10. Beschränkung der Werbung 120
5.1.11. Allgemeinverbindlicherklärungen 122

5.2. Andere wirtschaftspolitische Schranken 124
5.2.1. Strukturpolitische Massnahmen 124
5.2.2. Belastungsgrenzen bei landwirtschaftlichen Grundstücken 128
5.2.3. Preisvorschriften 130
5.3. Staatliche Monopole 134
5.3.1. Allgemeines 134
5.3.2. Das Radio- und Fernsehmonopol 136
5.3.3. Das Plakatmonopol der Gemeinden 140
5.3.4. Die Ausgabe von Pfandbriefen 142

III. Kapitel

Die privatrechtliche Ordnung des Bankmarketings

6. Schranken, die sich aus der Privatautonomie ergeben 148
6.1. Vertragsfreiheit 148
6.2. Assoziationsfreiheit 152
6.3. Persönlichkeitsrechtliche Schranken 156
6.3.1. Allgemeines 156
6.3.2. Die Bedrohung der Privat- und Intimsphäre durch absatzpolitische Massnahmen der Anbieter 159
6.3.3. Die Bedrohung der Entscheidungsfreiheit durch die Werbung 165

7. Immaterialgüterrechtliche Schranken 167
7.1. Patentrecht 168
7.2. Urheberrecht 171
7.3. Muster- und Modellrecht 176
7.4. Markenrecht 178

IV. Kapitel

Die wettbewerbsrechtliche Ordnung des Bankmarketings

8. Kartellrechtliche Ordnung 187
8.1. Der Geltungsbereich des KG 187
8.2. Die privatrechtlichen Bestimmungen 192
8.2.1. Der externe Kartellzwang 192
8.2.1.1. Das Verbot erheblicher Behinderungen und Wettbewerbsausschlüsse 192
8.2.1.2. Die Rechtfertigung erheblicher Behinderungen und Wettbewerbsausschlüsse 194
8.2.2. Der interne Kartellzwang 197
8.2.3. Die Anwendung der zivilrechtlichen Bestimmungen des Kartellrechts im Bankengewerbe 198
8.2.3.1. Die Bankenkartelle 198
8.2.3.2. Die kartellähnlichen Organisationen 203
8.2.3.3. Die erheblichen Behinderungen der Wettbewerber 205
a) Allgemeines 205
b) Die Behinderung durch Emissionssyndikate 207
c) Rechtfertigung der Emissionssyndikate 211
d) Die Behinderung durch die Courtagekonvention 214
e) Rechtfertigung der Courtagekonvention 215
8.2.3.4. Der interne Kartellzwang im Bankengewerbe 217

8.3. Verwaltungsrechtliche Bestimmungen des Kartellrechts 218
8.3.1. Allgemeines 218
8.3.2. Beurteilung der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit der Bankenkartelle 222
8.3.2.1. Wettbewerbsmöglichkeit 222
8.3.2.2. Wettbewerbsintensität 223
8.3.2.3. Wettbewerbslauterkeit 227
8.3.2.4. Preise 228
8.3.2.5. Kosten 231
8.3.2.6. Leistungsqualität 232
8.3.2.7. Struktur 232

9. Der Schutz der Lauterkeit im Wettbewerb 234
9.1. Die Generalklausel des UWG 234
9.1.1. Allgemeines 234
9.1.2. Das Verhältnis der Spezialtatbestände zur Generalklausel 238
9.2. Der persönliche Geltungsbereich des UWG 240
9.3. Verstösse gegen allgemein-verbindliche Vorschriften 241
9.4. Verletzung von Verträgen 242
9.5. Beurteilung einzelner Wettbewerbshandlungen der Kreditinstitute 244
9.5.1. Übernahme fremder Leistungen 244
9.5.2. Preisgestaltung 249
9.5.2.1. Allgemeine Grundsätze 249
9.5.2.2. Preisunterbietungen und Lockpreise 251
9.5.2.3. Preisdifferenzierungen und Rabatte 256
9.5.2.4. Die Preispolitik öffentlich-rechtlicher Banken 257
9.5.3. Werbung 260
9.5.3.1. Vergleichende Werbung 260
a) Allgemeine Grundsätze 260
b) Alleinstellungswerbung 263
c) Anlehnende Werbung 266
9.5.3.2. Besondere Werbeformen 267
a) Sicherheitswerbung 267
b) Zinswerbung 268
c) Werbung mit Qualitätsmerkmalen 269
d) Werbung für Kleinkredite 270
e) Werbung mit Dienstleistungstests 272
f) Werbung mit der Furcht vor Inflation 275
g) Werbung mit fremder Autorität 279
9.5.4. Verkaufsförderungsmassnahmen 282
9.5.4.1. Zugaben 282
9.5.4.2. Werbegeschenke und Warenproben 285
9.5.4.3. Die Durchführung von Gewinnspielen 288
9.5.5. Distribution 291
9.5.5.1. Der Einsatz von Aussendienstmitarbeitern 291
9.5.5.2. Telephonwerbung 294
9.5.5.3. Anhang: Persönliche Kontaktaufnahme zu Nichtkunden 297

LITERATURVERZEICHNIS

Abbott Lawrence, Qualität und Wettbewerb, München und Berlin 1958
Albisetti Emilio/Rutschi Ernst, Aktuelle wettbewerbspolitische Fragen im schweizerischen Bankgewerbe, in: Wettbewerbspolitik in der Schweiz (Festschrift Marbach), Bern und Stuttgart 1972, S. 147 ff.
Albisetti E./Bodmer D./Rutschi E., Handbuch des Bank-, Geld- und Börsenwesens der Schweiz, Thun 1964
Allemann Hugo, Die Handels- und Gewerbefreiheit – wankende Säule unserer Wirtschaftsverfassung, WuR 1973, S. 1 ff.
– Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmungen, WuR 1965, S. 213 ff.
Amrein Anton, Die Lokalbanken und Sparkassen im schweizerischen Bankensystem, Basler Diss., Winterthur 1970
Amrein Felix, Rechtsfragen zur Hinterlegungspflicht für Aktienkapital-Einzahlungen, Schweizerische Aktiengesellschaft 1964, S. 113 ff.
Arquint Caspar, Der Schutz des Slogans nach Marken-, Wettbewerbs- und Urheberrecht, Freiburger Diss. 1958
Aubert Jean François, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967
Aust Eberhard, Der Wettbewerb in der Bankwirtschaft, Grundzüge und Anregungen für eine allgemeine Theorie, Frankfurt 1963
Baer, Hans J., The banking system of Switzerland, 4th ed., Zurich 1973
Barrelet Denis, Journaux gratuits et concurrence déloyale, SJZ 1973, S. 285 ff.
Bartholomeyczik Horst, Marktbeherrschende Unternehmung, in: Müller-Henneberg H./Schwarz G., Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht (Gemeinschaftskommentar), 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1963, § 22–24, S. 614 ff.
Baur Jürgen F., Der Missbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972
Baumbach Adolf/Hefermehl Wolfgang, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 11. neu bearbeitete und vermehrte Auflage, Bd. 1–2, München 1974
Behrens K.Ch. (Hrsg.), Handbuch der Marktforschung, Wiesbaden 1974
Beutel Walter, Vergleichende Werbung im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht, Heidelberger Diss. 1958
Biedenkopf K., Rechtsfragen der Konzentration, ZBJV 1972, S. 1 ff.
Bigler Walter, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1966
Binder Kurt Joseph, Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Werbegeschenken in der Schweiz, Basler Diss. 1962
Bindschedler Rudolf R., Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit, SJZ 1942, S. 292 ff.
Blum Rudolf E., Patentrecht, Marken-, Muster- und Modellschutz, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1965
Blum Rudolf E./Pedrazzini Mario M., Das schweizerische Patentrecht, Kommentar zum Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954, 2. ergänzte Auflage, Bd. I und II, Bern 1975
Bock Hans Dieter, Grenzen der Superlativreklame im deutschen, schweizerischen, französischen und anglo-amerikanischen Recht, Köln 1963
Bodmer Daniel/Kleiner Beat/Lutz Benno, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 1976
Borchardt Knut/Fikentscher Wolfgang, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957
Bräutigam Jochen, Kostenfunktionen in Kreditinstituten, eine Analyse der empirischen Kostenuntersuchungen im amerikanischen Bankwesen, Wiesbaden 1972
Bremeier Eberhard, Struktur des Bankwesens in der Schweiz, 2. Auflage, Frankfurt 1969
Brühlmann Walter, Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen, Zürich 1931
Briner-Eidenbenz Robert, Die rechtliche Würdigung des Lockvogels, in WuR 1974, S. 17 ff.
Bucher Eugen, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranke der ärztlichen Tätigkeit, Zürcher Diss. 1956

Bülow Peter, Zur Telephonwerbung im gewerblichen Bereich, GRUR 1976, S. 180 ff. (zit.: Zur Telephonwerbung)
– Der psychologische Kaufzwang, zugleich ein Beitrag zur Bestimmung des Begriffs der guten Sitten im Wettbewerbsrecht, Frankfurter Diss., München 1972 (zit.: Der psychologische Kaufzwang)
von Büren Bruno, Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957 (zit.: Kommentar)
– Die kostenlose Warenverteilung nach schweizerischem Recht, GRUR Int. 1958, S. 172 ff. (zit.: Die kostenlose Warenverteilung)
– Aktuelle Fragen aus Wettbewerbs- und Markenrecht, SJZ 1970, S. 146 ff. (zit.: Aktuelle Fragen)
Burkhard Ueli, Von den Funktionen des Banken- und des Krisenartikels der Bundesverfassung im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung, St. Galler Diss., Winterthur 1974
Burkhardt Walter, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage, Bern 1931
de Capitani Werner, Die verfassungsrechtliche Grundlage des Interventionismus (BV 31 bis III a), Zürcher Diss. 1960
von Castelberg Guido, Die Verfassungsmässigkeit variierbarer Pflichtreservesätze der Banken, ZSR 1951, S. 279 ff.
– Die Erhaltung wichtiger, in ihrer Existenzgrundlage gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe, WuR 1952, S. 179 ff.
Christen Heinz P., Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus, St. Galler Diss., Zürich und St. Gallen 1970
Cramer Jörg E., Marketing bei Banken, Frankfurt a.M. 1975 (zit.: Marketing)
– Neue Dienstleistungen im Bankbetrieb, ihre Planung und Einführung, Frankfurt a.M. 1970 (zit.: Neue Dienstleistungen)
– Franchising – ein neuer Absatzweg, in: bank und markt 1972, S. 14 ff. (zit.: Franchising)
David Heinrich, Kommentar zum schweizerischen Markenschutzgesetz, 3. unveränderte Auflage, Basel/Stuttgart 1974
David Lucas, Schweizerisches Werberecht, Regeln und Praxis zu Werbung, Kennzeichnung und Vertrieb, Zürich 1978
Deschenaux Henri, L'esprit de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genève 1964, S. 193 ff. (zit.: L'esprit de la loi)
– Aspects d'une révision de la loi sur les cartels et organisations analogues, ZBJV 1974, S. 121 ff. (zit.: Aspects)
Drohlshammer Jens I., Marktmächtige Unternehmen im Kartellgesetz, Zürcher Diss. 1975
Drucker Peter F., The Practice of Management, New York 1954
Dülp Heinrich, Die Voraussetzungen, unter denen sich juristische Personen des öffentlichen Rechts auf Grundrechte berufen können, in ZSGV 1964, S. 481 ff und S. 513 ff.
Dupertuis Pierre-Robert, Le droit d'auteur dans la domaine de la publicité commerciale, Diss. Lausanne 1964
Dürr Karl, Kommentare zum schweizerischen Patentgesetz und zum Urheberrechtsgesetz, Bern 1956 (zit.: Kommentar)
– Das Recht der Aussenwerbung in der Schweiz, Zürich 1957 (zit.: Recht der Aussenwerbung)
Dürr Rolf Robert, Die polizeiliche Generalklausel, Zürcher Diss. 1967
Duus Olaf, Der Einsatz absatzpolitischer Mittel bei Bank- und Industriebetrieben, Betriebswirtschaftliche Vergleiche, Band 1, Berlin 1973
Egger August, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band, Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930, II. Band, Familienrecht, 2. Aufl., Zürich 1948
Ehrsam Paul, Die Verfassungsgrundlage für den Ausbau des Instrumentariums der Nationalbank, in WuR 1967, S. 91 ff.
Eickhof N., Kooperation, Konzentration und funktionsfähiger Wettbewerb, Tübingen 1975
Eisele Dieter, Preisstellungsformen der Kreditinstitute, Grundfragen der Bankpreispolitik, Diss. TU Berlin 1971
Emmerich Volker, Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, Tübingen 1969
Erwand P.J., Verkaufsförderung, in: Handbuch der Bankenwerbung, Frankfurt a.M. 1972, S. 150 ff.
Favre Antoine, Droit constitutionnel suisse, Fribourg 1966

Feldbausch Friedrich K., Bankmarketing, München (ohne Jg.)
Felder Karl R., Die Schweizerische Nationalbank, Auftrag und Instrumentarium, Zürich 1976
Fezer Karl-Heinz, Testwerbung, in GRUR 1976, S. 472 ff.
Fikentscher Wolfgang, Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1962
Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949
Floss Eberhard/Muthesius Peter, Handbuch der Bankenwerbung, Frankfurt a.M. 1972
Floss Eberhard, Die Öffentlichkeitsarbeit der Kreditinstitute, in: Handbuch der Bankenwerbung, Frankfurt a.M. 1972, S. 337 ff.
Forstmoser Peter, Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr, in: Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bankwirtschaftliche Forschungen Band 36, Bern und Stuttgart 1976, S. 11 ff.
Fourgoux Jean-Claude, Droit du marketing, Paris 1974
Frank Richard, Der Schutz der Persönlichkeit in der Zivilrechtsordnung der Schweiz, Tübingen 1972
Frank Vincent C., Mindestreserven auf Grund der Aktiven der Bankbilanzen, in WuR 1966, S. 117 ff.
Frev Urs Peter, Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu andern Freiheitsrechten, Zürcher Diss., Winterthur 1965
Frick Bruno, Werbung und Bankgewerbe, Berner Diss., Thayngen 1957
Fröhlicher Kurt, Die Kartellkommission und der Wettbewerb, WuR 1968, S. 240 ff.
Fuchs Helmut, Planung und Probleme des Standortes von Kreditinstituten, Kölner Diss. 1969
Gafafer Hansjakob, Die selektive Kreditpolitik als Mittel der Konjunktur- und Wachstumspolitik, St. Galler Diss. 1967
von Gamm Otto-Friedrich, Urheberrechtsgesetz, München 1968
– Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Köln 1975
Gastinger Sigmund, Inwieweit ist die Benützung einer fremden Leistung ein Akt unlauteren Wettbewerbs? Eine rechtsvergleichende Untersuchung für die beiden Länder Schweiz und Deutschland, Basler Diss. 1964
Gehring Bruno, Geldmenge und Mindestreserven, Aktiven oder Passiven als Bemessungsgrundlage? Berner Diss 1976
Germann Oscar Adolf, Zum Verhältnis zwischen der Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes und seinen Spezialtatbeständen, Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 207 ff. (zit.: Zum Verhältnis)
– Zum Leistungsprinzip im Wettbewerb, WuR 1968, S. 143 ff. (zit.: Zum Leistungsprinzip)
– Vergleichende Reklame, WuR 1954, S. 259 ff. (zit.: Vergleichende Reklame)
– Zur Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes, Sonderdruck aus der SJZ, Heft 19, Zürich 1944 (zit.: Generalklausel)
– Unlauterer Wettbewerb, Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb mit Erläuterungen, bisheriger Rechtsprechung und Sachregister, Zürich 1945 (zit.: Kommentar)
Girth Peter/Sack Rolf, Die Werbung mit der Inflation, Wettbewerb in Recht und Praxis 1974, S. 181 ff.
Gitbud Leo, Die rechtliche Behandlung der Preisunterbietung nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und der Kartellgesetzgebung in der Schweiz und in Deutschland, Freiburger Diss. 1974
von Godin Hans, Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Berlin/New York 1974
Goedecke Klaus, Bankmarketing für Kapitalanlagen, Frankfurt 1975
Goll Hans, Die wettbewerbs- und rabattrechtliche Beurteilung der Preisspaltung, Bern/Frankfurt 1973
Grossen Jacques-Michel, Das Recht der Einzelpersonen, in: Schweizerisches Privatrecht, Band II, Basel/Stuttgart 1967, S. 285 ff.
Greminger Werner, Das Oligopol im schweizerischen Kartellgesetz, Volkswirtschaftliche und rechtliche Aspekte, St. Galler Diss., Bern und Frankfurt 1971
Grisel André, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970
Gsell Emil (Hrsg.), Banken und Bankgeschäfte in der Schweiz, Bankwirtschaftliche Forschungen Band 1, Bern und Stuttgart 1969
Guhl Theo/Merz Hans/Kummer Max, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Auflage, Zürich 1972

Gunz Heinrich, Das öffentlichrechtliche Instrumentarium des Kartellgesetzes, Freiburger Diss., Winterthur 1969

Gut Herbert, Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbehindernder Vorkehren, Ihre Erfassung durch das Kartellgesetz, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 409, Zürich 1973

Gutenberg Erich, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 2. Band, Der Absatz, 12. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York 1970

Gygi Fritz, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, SJZ 1970, II, S. 265 ff.

– Die Grundlagen der verfassungsmässigen Ordnung von Radio und Fernsehen, WuR 1973, S. 17 ff. (zit.: Grundlagen)

Gygi Fritz/Schluep Walter R., Schweizerisches Wirtschaftsrecht, in: Gerd Rinck (Hrsg.), Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a.M./Berlin 1971, S. 87 ff.

Hagenmüller K., Bestimmungsfaktoren preispolitischer Autonomie bei Kreditinstituten, in: Büschgen H. (Hrsg.), Geld, Kapital und Kredit, Stuttgart 1968, S. 158 ff.

Hahn Oswald, Die Bankenkonzentration – Schicksal oder Scheinproblem? in Schweizer Banken in der Welt von morgen, Bankwirtschaftliche Forschungen, Band 25, Bern und Stuttgart 1975, S. 11 ff.

Hammer Wolfgang F., Die unentgeltliche Vergabe von Originalwaren; Eine Untersuchung der Zulässigkeit dieser Werbemethode nach § 1 UWG, der Zugabeverordnung und dem Rabattgesetz, Mainzer Diss. 1970

Hartmann Alfred, Das Verhältnis der Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb zu den Spezialgesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes und zum Urheberrecht, Aarau 1951

Hausheer Heinz, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, ZSR 1976, II, S. 225 ff.

Hefermehl Wolfgang, Werbung mit Vorspannangeboten, GRUR 1974, S. 542 ff.

Heinen E., Das Zielsystem der Unternehmung, Grundlagen betriebswirtschaftlicher Entscheidungen, Wiesbaden 1966

Heinrich Peter, Die Handels- und Gewerbefreiheit im Bankgewerbe, Bankwirtschaftliche Forschungen, Band 20, Bern und Stuttgart 1973

Helbling Alphons, Public Relations-Handbuch, St. Gallen 1964

Heuss Ernst, Allgemeine Markttheorie, Tübingen/Zürich 1965

Heyden Frank, Vergleichender Warentest, SJZ 1968, S. 1 ff.

Hill Wilhelm, Marketing, Band 1 und 2, Bern und Stuttgart 1971

Hindermann Walter Eduard, Rechtsfragen bei Wettbewerb und Werbung, Bern 1967

Hörschgen H., Der zeitliche Einsatz der Werbung, Bestimmungsfaktoren des Timing in der Absatzwerbung, Stuttgart 1967

Holzapfel Hans Friedrich, Die rechtliche Bedeutung des Gebrauchs von Fabrik- und Handelsmarken, Berner Diss., Winterthur 1958

Homburger Eric, Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, ZSR 1970, II, S. 1 ff. (zit.: Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung)

– Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit als Problem der Wirtschaftsordnung, Zürcher Diss. (zit.: Die Gestaltung)

Hoth Jürgen, Übertriebenes Anlocken, GRUR 1974, S. 547 ff.

Hotz Kaspar Ernst, Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB, Zürcher Diss. 1967

Huber Hans, Die Grundrechte in der Schweiz, in: Bettermann/Neumann/Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte, Band 1, Berlin 1966, S. 175 ff. (zit.: Grundrechte)

– Die Gleichbehandlung der Gewerbegenossen, Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 447 ff. (zit.: Gleichbehandlung)

– Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR 1955, I, S. 173 ff. (zit.: Bedeutung der Grundrechte)

– Das Kartellproblem auf der Verfassungsstufe, WuR 1955, S. 165 ff. (zit.: Das Kartellproblem)

– Grundsätze in der Auslegung der Wirtschaftsartikel, WuR 1958, S. 1 ff. (zit.: Grundsätze)

– Die Verfassungsmässigkeit des erweiterten Notenbankinstrumentariums, NZZ Nr. 27 vom 14.1.1969, S. 5 (zit.: Notenbankinstrumentarium)

– Schutz der Werbung durch die Gewerbefreiheit oder durch die Pressefreiheit?, SJZ 1977, S. 297 ff. (zit.: Schutz der Werbung)

Huber Hans, Gutachten vom 1. Juni 1956, in Schweizerische Nationalbank (Hrsg.), Die Verfassungsmässigkeit des vorgeschlagenen Ausbaus des Instrumentariums, o. Jg.
Huber Hans/Imboden Max, Gutachten vom 6. Februar 1960 in SNB (Hrsg.), Die Verfassungsmässigkeit des vorgeschlagenen Ausbaus des Instrumentariums, o. Jg.
Huber Hugo Eugen, Vergleichender Warentest und unlauterer Wettbewerb, Zürcher Diss. 1970
Hubmann Heinrich, Das Persönlichkeitsrecht, 2. veränderte und erweiterte Auflage, Köln/Graz 1967
– Gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1962
Hug Peter P., Der schweizerische Pfandbrief, Geschichte, Wesen und Entwicklung des schweizerischen Pfandbriefsystems, Zeitschrift für langfristige Finanzierung und Vermögensanlage, 20. Jg. 1969, S. 469 ff.
Hug Rudolf, Das Recht des Plakatanschlages, Zürcher Diss. 1970
Hug Walter (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971
Imboden Max, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I und II, vierte unveränderte Auflage, Basel und Stuttgart 1971
– Gutachten vom 23. September 1966, in SNB (Hrsg.), Die Verfassungsmässigkeit des vorgeschlagenen Ausbaus des Instrumentariums, o. Jg.
Iseli Edgar, Möglichkeiten des Marketing als Grundlage der Unternehmungsführung im Bankwesen, St. Galler Diss., Zürich 1968
Jäggi Peter, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 1960, II, S. 133a ff.
Janberg Hans, Bankpreispolitik als bankbetriebliches Kalkulationsproblem, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1966, S. 325 ff., S. 380 ff.
Jenny Klaus, Der schweizerische Geldmarkt, St. Galler Diss., Herisau 1973
Jöhr Walter A., Das Modell der vollkommenen Konkurrenz, in: Konkurrenz und Planwirtschaft, Beiträge zur theoretischen Nationalökonomie, Bern 1946, S. 19 ff.
– Wirtschaftspolitik, in: Staatslexikon, 6. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 8. Band, Freiburg 1963, S. 794 ff.
Jost Andreas, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 438, Bern 1975
Junod Charles-André, Problèmes actuels de la constitution économique suisse, ZSR 1970, II, S. 591 ff.
Kahn Peter, Marketing bei Sparkassen unter besonderer Berücksichtigung des Konten- und Wertpapiersparens, Diss. Augsburg 1973
Känzig Robert, Das Verkaufswagensystem als Distributionsform im Einzelhandel, St. Galler Diss., Winterthur 1973
Kartellkommission, Die Wettbewerbsverhältnisse im schweizerischen Bankgewerbe, Veröffentlichungen der schweizerischen Kartellkommission, Zürich 1968, S. 235 ff.
Kaspar Paul, Probleme des Marketings im Bankbetrieb, in: Betriebswirtschaftliche Probleme des Bankbetriebes, Bankwirtschaftliche Forschung, Band 4, Bern und Stuttgart 1970, S. 119 ff.
Kaufmann Joseph, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II Familienrecht, 3. Abteilung, Die Vormundschaft, 2. Aufl., Bern 1924
Kaufmann Otto K., Die landwirtschaftliche Entschuldung, Beiträge zur schweizerischen Verwaltungskunde, Heft 30, Zürich 1947
– Die revidierten Wirtschaftsartikel der schweizerischen Bundesverfassung und das geltende Wirtschaftsrecht, Festschrift für Hans Nawiasky, Einsiedeln/Zürich/Köln 1950, S. 33 ff.
Keller A./Larese W., Radio- und Fernsehfreiheit? Ein Beitrag zur Diskussion über den neuen Art. 36 quater BV, Zürich 1973
Klanks Hellmuth, Standort- und Zweigstellenwahl als Managemententscheidung, in: Management im Kreditwesen, Festschrift für Hans Krasensky, 1973, S. 157 ff.
Klein Christian, Die Ausnützung des Spieltriebes durch Veranstaltungen der Wirtschaftswerbung und ihre Zulässigkeit nach schweizerischem Recht, Zürcher Diss. 1970
Kleiner Beat, Die Gesetzgebung über das Bankwesen in Bund und Kantonen, Zürich 1972
Knoepfel Peter, Der Beitrag des BG über den unlauteren Wettbewerb zum Konsumentenschutz, RIC 1974, S. 50 ff.
Kohler Joseph, Der unlautere Wettbewerb, Berlin 1912
Koller Arnold, Die Rechtsprechung zum Kartellgesetz, Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 97 ff. (zit.: Rechtsprechung)

Koller Arnold, Die Konzeption des Möglichen Wettbewerbes – Auslegungshilfe des Kartellgesetzes?, WuR 1970, S. 149 ff. (zit.: Die Konzeption des Möglichen Wettbewerbes)
Kotler Philip, Marketing Management, analysis, planning and control, Englewood Cliffs 1967
Kraft Alfons, Die Berücksichtigung wirtschaftspolitischer und gesellschaftspolitischer Belange im Rahmen des § 1 UWG, in: Festschrift für Horst Bartholomeyczik, Berlin 1973, S. 223 ff.
Kropff H.F.J., Angewandte Psychologie und Soziologie in Werbung und Vertrieb, Stuttgart 1960 (zit.: Angewandte Psychologie)
– Die Werbemittel und ihre psychologische, künstlerische und technische Gestaltung, Essen 1953 (zit.: Werbemittel)
Krug Dieter, Die Marktoperationen der Banken, Ein Beitrag zu einer Theorie des Bankenwettbewerbs, Diss. TU Berlin 1972
Krümmel H.-J., Bankzinsen, Untersuchung über die Preispolitik von Universalbanken, Köln/Berlin/Bonn/München 1964
Kuehl Henry, Das marktpolitische Instrumentarium der Bank unter besonderer Berücksichtigung der Werbung, Diss. Göttingen 1967
Kull Walter, Die Funktionen der Schweizerischen Nationalbank, in: Banken und Bankgeschäfte in der Schweiz, Bankwirtschaftliche Forschungen Band 1, Bern und Stuttgart 1969, S. 1 ff.
Kummer Max, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Band 384, Bern 1968
– Der Begriff des Kartells, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Band 372, Bern 1966
– Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Band 338, Bern 1960
Lauer P., Leistungskoppelung im Bankbetrieb, Hamburger Diss. 1965
Leemann Hans, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, 2. Abteilung, Bern 1925
Lehmann Heinz Armin, Die Konkurrenzlage im schweizerischen Bankgewerbe, Berner Diss. 1973
Lehmann Michael, Ist der unbestellte Vertreterbesuch gemäss § 1 UWG sittenwidrig?, GRUR 1974, S. 133 ff.
– Verkauf unter Einstandspreis und Lockvogelwerbung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, GRUR Int. 1977, S. 135 ff.
– Kostenlose Anzeigenblätter und unlauterer Wettbewerb, GRUR 1977, S. 21 ff.
Ley Matthias, Erwerbsfreiheit der Banken und Instrumentarium der Notenbank, Zürcher Diss. 1970
Linnert Peter, Marketing Mix, in: Marketing- und Verkaufsleiterhandbuch, 2. erweiterte Auflage München 1972
Lipfert Helmut, Einführung in die Währungspolitik, 4. Auflage, München 1969
Lipson H.A., Introduction to Marketing. An administrative Approach, New York/London/Sydney/Toronto 1971
Lisowsky Peter Uwe, Das Bedürfnis als absatzpolitisches Problem, St. Galler Diss., Zürich 1968
Liver Peter, Der gesetzliche Schutz der Persönlichkeit in der Rechtsentwicklung, ZbJV 1967, S. 80 ff.
Loewenheim Ulrich, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, Bad Homburg 1970
– Suggestivwerbung, unlauterer Wettbewerb, Wettbewerbsfreiheit und Verbraucherschutz, GRUR 1975, S. 99 ff. (zit.: Suggestivwerbung)
Loos Norbert, Die Marktpolitik der Kreditinstitute, Betriebswirtschaftliche Abhandlungen, NF Band 19, Stuttgart 1969
Lorenz Monika, Lockvogel- und Sonderangebote, in: GRUR 1976, S. 512 ff.
Luchterhandt Hans-Friedrich, Das Recht der Bankenwerbung, in: Handbuch der Bankenwerbung, Frankfurt a.M. 1972, S. 185 ff.
Lutz Friedrich A., Zinspolitik als Mittel der Wirtschaftspolitik, in: Schweizer Monatshefte 1967 S. 1023 ff.
Machlup Fritz, Oligopol, in: HdSW, 8. Band, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1964, S. 82 ff.
Manser Franz, Die Entartung von Marken zu Freizeichen, eine rechtsvergleichende Studie, St. Galler Diss. 1971
Marti Hans, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950 (zit.: HGF)

Marti Hans, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel und Stuttgart 1976 (zit.: Wirtschaftsfreiheit)
Marti Max B., Die Handels- und Gewerbefreiheit der Ausländer in der Schweiz, Berner Diss. 1963
Merk Gerhard, Einführung in die Geldlehre, Frankfurt a.M. 1974
Merz Hans, Das schweizerische Kartellgesetz, Grundlagen und Hauptprobleme, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Band 376, Bern 1967 (zit.: Kartellgesetz)
– Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit? WuR 1966, S. 1 ff. (zit.: Kartellrecht)
– Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, Festschrift Schönenberger, Freiburg 1968, S. 137 ff. (zit.: Massenvertrag)
– Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Karlsruhe 1970 (zit.: Privatautonomie)
– Rationalisierung und Kartellrecht, Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 121 ff. (zit.: Rationalisierung)
– Das Wettbewerbsrecht, Festschrift für Fritz Marbach, Bern 1962, S. 355 ff. (zit.: Wettbewerbsrecht)
Meister Jürg, Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zugabewesens, Zürcher Diss. 1954
Meyer-Cording Ulrich, Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts, JZ 1964, S. 273 ff.
Meyer Max, Die ausländischen Banken in der Schweiz, St. Galler Diss., Aarau 1975
Mona Marco, Grundfragen des Werberechts, Zürcher Diss., Winterthur 1973
Möschel Wernhard, Das Wirtschaftsrecht der Banken, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik Band 29, Frankfurt a.M. 1972 (zit.: Wirtschaftsrecht)
– Das Konsortialgeschäft der Kreditinstitute im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Emissionssyndikate als marktbeherrschende Unternehmungen, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1972, S. 273 ff. (zit.: Konsortialgeschäft)
Moser Hans, Rationales oder irrationales Handeln des Verbrauchers, in: Der Markenartikel 1964, S. 389 ff.
Moser Ullrich, Zur Theorie des Wettbewerbes im Kreditgewerbe. Eine Analyse der möglichen Strategien im Wettbewerb um die Kleinkundschaft, Kölner Diss. 1967
Müller Claus, Psychologischer Kaufzwang und übertriebenes Anlocken bei Gewinnspielen, GRUR 1974, S. 381 ff. (zit.: Psychologischer Kaufzwang)
– Gewinnspiele und psychologischer Kaufzwang, GRUR 1973, S. 72 ff. (zit.: Gewinnspiele)
Müller Fritz, Patentrecht, Gebrauchs- und Geschmacksmusterrecht, Hamburg/Wien/Zürich 1969
Müller Helmut H., Rechtsfragen der Werbung im Fernsehen, Zürcher Diss., Winterthur 1964
Müller Jörg Paul, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, ZSR 1973, II, S. 687 ff. (zit.: Soziale Grundrechte)
– Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Band 360, Bern 1964 (zit.: Grundrechte)
Nägeli Eduard, Die Doppelgesellschaft, Zürich/Berlin 1936
Nef Hans, Gutachten vom 30. September 1967, in SNB (Hrsg.), Die Verfassungsmässigkeit des vorgeschlagenen Ausbaus des Instrumentariums, o.Jg.
– Handels- und Gewerbefreiheit, SJK, Karten 616 ff.
Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Einführung in die Lehre von der Absatzwirtschaft, 2. Auflage, Berlin 1969 (zit.: Absatzwirtschaft)
– Marketing, achte neubearbeitete Auflage, Berlin 1975 (zit.: Marketing)
Noelle Elisabeth, Umfragen in der Massengesellschaft, Hamburg 1971
Oetterli Max, Kreditplafonierung – ein wesentliches Instrument der schweizerischen Konjunkturpolitik. Anwendungsbereich und Problematik, in: Tuchtfeld E. (Hrsg.), Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festgabe für Hugo Sieber, Bern und Stuttgart 1976, S. 239 ff.
Oftinger Karl, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich 1952 (zit.: Kommentar)
– Haftpflicht und Persönlichkeitsrecht vor der neueren technischen Entwicklung, Festschrift für Franz List, Baden-Baden 1958, S. 120 ff. (zit.: Haftpflicht und Persönlichkeitsrecht)

Oftinger Karl, Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV, Zürich 1948, S. 315 ff. (zit.: Vertragsfreiheit)
Ohlgart Dietrich, Sales-promotion und unlauterer Wettbewerb, GRUR 1974, S. 693 ff.
Ott Werner (Hrsg.), Handbuch der praktischen Marktforschung, München 1972
Passardi Adriano, Probleme der Kostenrechnung im Bankbetrieb, in: Die Unternehmung, Schweizerische Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1970, S. 249 ff.
Pedrazzini Mario M., Die patentfähige Erfindung, Bern 1957
– Über den Leistungsschutz der Interpreten, der Ton- und Tonbildträgerhersteller und der Sendeunternehmen, ZSR 1977, II. Halbband, S. 1 ff.
Pedretti René, Wettbewerb und Zugabewesen, Zürcher Diss. 1969
Perret François, La protection des prestations en droit privé suisse, ZSR 1977, II. Halbband, S. 201 ff.
Perrin Jean-François, Les conventions déclarées de force obligatoire générale en tant que source de droit, Exemples dans les domaines des conventions-cadres de baux à loyer et des accords entre la Banque Nationale et les banques suisses, ZSR 1976, II, S. 483 ff.
Pfanner Jean, Arbeitszeit und Freizeit des Ladenpersonals in rechtlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in der Stadt Bern, Berner Diss., Winterthur 1964
Pflaum D./Kunze G.F., Moderne Verkaufsförderung, München 1973
Preisbildungskommission, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957
Preisig H., Marketing in der Produktionsgüterindustrie, St. Galler Diss., Winterthur 1962
Pümpin Cuno, Information und Marketing, St. Gallen 1973
– Langfristige Marketingplanung, Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Absatz und Handel an der Hochschule St. Gallen, Band 13, 2. Auflage, Bern und Stuttgart 1970
Raiser Ludwig, Marktbezogene Unlauterkeit, GRUR Int. 1973, S. 443 ff.
Räber Anton, Das Plakat im öffentlichen Recht, Luzern 1945
Reimann Robert, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. Nov. 1934, dritte, umgearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1963
Richli Julius, Der Zusammenbruch der Diskonto- und Lombardbank AG, Bern. Ein Beitrag zur Geschichte der Institute des gewerbsmässigen Handels mit Prämienobligationen und des Animierwesens der Schweiz, Berner Diss. 1931
Rieppel Franz Wolfgang, Die Entschuldung der schweizerischen Landwirtschaft, Zürcher Diss. 1943
Riklin Franz, Die Programmfreiheit bei Radio und Fernsehen, Freiburg 1973
Reimer Eduard/von Gamm Otto-Friedrich, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 4. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1972
Roehr Harald, Potentialorientierte Marketing-Planung im Universalbankbetrieb, Bankwirtschaftliche Sonderveröffentlichungen, Band 22, Köln 1974
Ruck Erwin, Schweizerisches Staatsrecht, 3. Auflage, Zürich 1957
Rühl Frank, Zur Nachfrage der Schweizer Banken nach Liquiditätsreserven, Berner Diss., Zürich 1974
Sack Rolf, Die rechtlichen Funktionen des Warenzeichens, GRUR 1972, S. 402 ff.
Saladin Peter, Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, zweite, unveränderte Auflage, Bern 1975
Saladin Peter V., Das Recht auf Werbung und seine öffentlich-rechtlichen Schranken, St. Galler Diss., Bern 1969
Sattler Heinrich, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, NF Heft 348, Zürich 1970
Schlechthaupt Wolf Dieter, Kriterien für die Errichtung von Geschäftsstellen von Universalbanken, Basler Diss., Freiburg i.Br. 1971
Schluep Walter R., Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisationen, WuR 1969, S. 193 ff. (zit.: Kontrahierungspflicht)
– Die Rule of Reason des amerikanischen Antitrustrechts und das schweizerische Kartellgesetz, WuR 1966, S. 36 ff. (zit.: Die Rule of Reason)
– Privatrechtliche Probleme der Unternehmungskonzentration und -kooperation, ZSR 1973, II, S. 155 ff. (zit.: Privatrechtliche Probleme)

Schluep Walter R., Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, in: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht, St. Galler Festgabe, Bern 1965, S. 381 ff. (zit.: Markenschutzgesetz und Kartellgesetz)
– Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964 (zit.: Markenrecht)
– Was ist Wirtschaftsrecht? in Jagmetti R.L./Schluep W.R. (Hrsg.), Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 25 ff. (zit.: Was ist Wirtschaftsrecht?)
– Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellrecht, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1975, S. 569 ff. (zit.: Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellrecht)
– Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, in: Tuchtfeld E. (Hrsg.), Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festschrift für Hugo Sieber, Bern und Stuttgart 1976, S. 95 ff. (zit.: Schweizerische Wettbewerbspolitik)
– Über Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, in: Brügger P. (Hrsg.), Homo Creator, Festschrift für Alois Troller, Basel und Stuttgart 1976, S. 225 ff. (zit.: Kritik)
– Vom lauteren zum freien Wettbewerb, GRUR Int. 1973, S. 446 ff. (zit.: Vom lauteren zum freien Wettbewerb)
– Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewusste, ZSR 1972, I, S. 353 ff. (zit.: Wirtschaftsrechtliche Aspekte)
– Lockvogelpreise und Lockvogelmarken im schweizerischen Recht, in: Prix et marques d'appel en droit comparé, Genève 1976, S. 57 ff.
– Ausgewählte Rechtsfragen des Direct Mail, in: Der Werber, Nr. 5, 1974
Schmid Christian, Irreführende Werbung, Diessenhofen 1976
Schmid Hubertus, Die Unterscheidung zwischen wirtschaftspolizeilichen und wirtschaftspolitischen Massnahmen im schweizerischen Recht, St. Galler Diss., Winterthur 1974
Schmid Johann Günther, Die vergleichende Reklame, Zürcher Diss., Winterthur 1955
Schmidt Dirk, Kreditwirtschaft und Kartellpolitik, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1974, S. 794 ff., S. 839 ff.
Schmidt-Rimpler Walter, Wirtschaftsrecht, in HdSW, Band 12, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1965, S. 685 ff.
Schönherr Fritz, Die sklavische Nachahmung in der Praxis der deutschen, der österreichischen und Schweizer Gerichte, GRUR Int. 1975, S. 237 ff.
Schricker Gerhard, Gesetzesverletzung und Sittenverstoss, München 1970
Schricker Helmut, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, Diss. Erlangen-Nürnberg 1963
Schnegelsberg Jürg, Das schweizerische Kartellgesetz, FIW-Schriftenreihe, Heft 16, Köln/Berlin/Bonn/München 1964
Schürmann Leo, Der Gewerbeartikel in der Bundesverfassung, WuR 1965, S. 145 ff. (zit.: Gewerbeartikel)
– Der Bankenartikel in der Bundesverfassung, WuR 1958, S. 69 ff. (zit.: Bankenartikel)
– Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, Textausgabe mit Erläuterungen und Sachregister, Zürich 1964 (zit.: Kommentar)
– Die Durchführung des Kartellgesetzes, WuR 1969, S. 65 ff. (zit.: Die Durchführung)
– Zur neueren Entwicklung der Kartell- und Wettbewerbspolitik aus schweizerischer Sicht, WuR 1973, S. 77 ff. (zit.: Zur neueren Entwicklung)
– Stellung und Funktion der Schweizerischen Kartellkommission im Rahmen der Wettbewerbspolitik, WuR 1967, S 1 ff. (zit.: Stellung und Funktion)
– Der Kartellartikel der Bundesverfassung, WuR 1958, S. 181 ff. (zit.: Kartellartikel)
Schürmann L./Jäggi P., Gutachten vom 8. August 1966, SNB (Hrsg.), Die Verfassungsmässigkeit des vorgeschlagenen Ausbaus des Instrumentariums, o.Jg.
Schuster Leo, Kollektivhandlungen der Banken aufgrund von Absprachen, WuR 1976, S. 180 ff.
Schwalm Wilhelm, Bemerkungen zur Kreditbegrenzung als Notenbankinstrument, WuR 1968, S. 16 ff.
Schwarzenbach Hans Rudolf, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 6. neu gestaltete und erweiterte Auflage, Bern 1975
Schweingruber Edwin, Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, Bern 1974
Senn Heinrich J., Mündelsichere Kapitalanlagen, Zürcher Diss. 1972
Seyffert Rudolf, Werbelehre, Theorie und Praxis der Werbung, erster und zweiter Band, Stuttgart 1966

Sieber Hugo, Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, WuR 1973, S. 48 ff. (zit.: Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit)
– Aktuelle Probleme der schweizerischen Wettbewerbspolitik, WuR 1967, S. 15 ff. (zit.: Aktuelle Probleme)
– Die Bekämpfung des Zinswuchers im Kleinkredit durch kantonale Zinsfussmaxima, WuR 1959, S. 113 ff. (zit.: Bekämpfung des Zinswuchers)
Siegwart Alfred, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Zürich 1945
Siepmann Jürgen Dietrich, Die Standortfrage bei Kreditinstituten, Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Band 40, Berlin 1968
Slevogt H., Marketing für das Bankgeschäft, in: Handbuch der Bankenwerbung, Frankfurt a.M. 1972
Spahn Melchior, Die kantonalen Regalrechte nach Art. 31 Abs. 2 der Bundesverfassung, Zürcher Diss., Winterthur 1956
Spanier Hans-Dieter, Leistungspolitik im Mengengeschäft der Universalbank, Bankwirtschaftliche Sonderveröffentlichungen des Instituts für Bankwirtschaft und Bankrecht an der Universität Köln, Band 26, Köln 1975
Speich Hans, Der Eidgenössische Pfandbrief und die Pfandbriefzentralen, in: Banken und Bankgeschäfte in der Schweiz, Bankwirtschaftliche Forschungen Band 1, Bern und Stuttgart 1969, S. 89 ff.
Spiegel Bernt, Die Struktur der Meinungsverteilung im sozialen Feld, Das psychologische Marktmodell, Bern und Stuttgart 1961
Spoendlin Kaspar, Zum Schutz des Wettbewerbs im schweizerischen Recht, Schweizerische Zeitschrift für internationales Wettbewerbsrecht 1978, S. 17 ff.
– Verzicht auf präzise Definition der Marke, SJZ 1969, S. 1 ff.
Spoo Dieter, Bankenwerbung, Wiesbaden 1969
Staehelin Willy, Das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 als Strafgesetz, Zürcher Diss., Baden 1941
von Stein J.H., Werbung, in: Handbuch der Bankenwerbung, Frankfurt a.M. 1972
Sterner Friedrich, Das Syndikat im schweizerischen und deutschen Kartellrecht, Zürcher Diss. 1972
Steyert Ralph, Das Verhältnis von Generalklausel und Spezialtatbeständen im BG über den unlauteren Wettbewerb, Basler Diss. 1971
Stopper Edwin, Der Ausbau des Instrumentariums der schweizerischen Nationalbank, Bankwirtschaftliche Forschungen, Band 1, Bern und Stuttgart 1969, S. 25 ff.
Stratenwerth Günther, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, I, Straftaten gegen Individualinteressen, Bern 1973
Süchting Joachim, Kalkulation und Preisbildung der Kreditinstitute, Frankfurt a.M. 1963
Tobler Ewald, Entwurf eines schweizerischen Mindestreservesystems auf der Grundlage ausländischer Methoden und Erfahrungen, Zürcher Diss. 1967
Traub Fritz, Der Schutz von Werbeslogans im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1973, S. 186 ff.
Troller Alois, Immaterialgüterrecht, Band I und II, zweite überarbeitete Auflage, Basel und Stuttgart 1968/1971 (zit.: Immaterialgüterrecht)
– Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, Basel und Stuttgart 1973 (zit.: Kurzlehrbuch)
– Vorentwurf der Expertenkommission für ein schweizerisches Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht, Schriftenreihe der "Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht", Band 48, München 1972 (zit.: Vorentwurf)
Troller Kamen, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in vergleichender Darstellung der Rechte Deutschlands, Englands, Frankreichs, der Schweiz und der USA, Freiburg 1962
Troxler Heinrich, Kritische Würdigung der Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung in der Schweiz und im Ausland, Zürich 1970
Tuor Peter/Schnyder Bernhard, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Auflage, Zürich 1975
Ulmer Eugen, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Auflage, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1960
Usteri Martin, Grundzüge des schweizerischen öffentlichen Rechts über die Kartelle, Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 153 ff.

Vanzetti Adriano, Funktion und Rechtsnatur der Marke, GRUR Int. 1965, S. 128 ff.
Vischer Frank, Die Purifikation des Urheberrechts und der Schutz des Arbeitsergebnisses, Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 259 ff.
Völp Fromut, Ist der Verkauf an der Haustür generell wettbewerbswidrig?, WRP 1973, S. 63 ff.
Vontobel Hans-Dieter, Kritische Betrachtungen zum Recht der schweizerischen Effektenbörsen, Zürcher Diss. 1972
Weinhold Heinz, Grundlagen wirtschaftlicher Absatzführung, Bern 1964 (zit.: Absatzführung)
– Marketing, 3. Auflage, Heerbrugg/St. Gallen 1972 (zit.: Marketing)
– Grundlagen moderner Marketingkonzepte, Marketing und Distribution III, St. Gallen 1972 (zit.: Grundlagen)
Weiss U., Marktforschung der Kreditinstitute – Erforschung des Marktes der privaten Haushalte und ihr Einfluss auf die Verhaltensweise der Institute, Berlin 1966
Widmer Max, Die Gewerbefreiheit nach schweizerischem und die Berufsfreiheit nach deutschem Recht, Berner Diss. 1967
Winterberger Gerhard, Der Ausbau des Instrumentariums der Schweizerischen Nationalbank, Sonderdruck aus "Schweizer Monatshefte", Heft 10, 1967
Wiswede Günter, Motivation und Verbraucherverhalten, Grundlagen der Motivforschung, München und Basel 1965
Woll Artur/Vogl Gerald, Geldpolitik, Stuttgart 1976
Zihlmann Peter, Gedanken zum Schutz vor sklavischer Nachahmung, SJZ 1969, S. 353 ff.
Zottmann Anton, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, IV, Geld und Kredit, Stuttgart 1969
Zumstein/Gertsch/Hochreuter, Probleme der Preis-, Lohn- und Gewinnüberwachung, WuR 1975, S. 1 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
ArG	Arbeitsgesetz vom 13. März 1964
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
BaG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. Nov. 1934
BB	Bundesbeschluss
BBaB	Bundesbeschluss betreffend die ausländischen Banken vom 21. März 1969
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGBZ	Entscheide des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BRB	Bundesratsbeschluss
BV	Bundesverfassung
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
EG	Einführungsgesetz
EVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
G	Gesetz
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
gl.M.	gleicher Meinung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Weinheim)
GRUR Int.	Internationaler Teil der genannten Zeitschrift
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (Stuttgart/Tübingen/Göttingen)
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
HRG	BG über die Handelsreisenden vom 4. Okt. 1930
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinne oder in Sachen
Jg.	Jahrgang
JZ	(deutsche) Juristenzeitung, Tübingen
KG	Kartellgesetz vom 20. Dez. 1962
KRB	Kantonsratsbeschluss
lit.	litera
m.a.W.	mit andern Worten
m.E.	meines Erachtens
MMG	Muster- und Modellgesetz vom 30. März 1900
MSchG	Markenschutzgesetz vom 26. Sept. 1890
NbkG	BG über die Schweizerische Nationalbank vom 23. Dez. 1953
NF	Neue Folge
NR	Nationalrat
OG	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
PatG	Patentgesetz vom 25. Juni 1954
RE	Revisionsentwurf

RIC	Revue International de la Concurrence (Paris)
RRB	Regierungsratsbeschluss
Schw. Mitt.	Schweizerische Mitteilungen über Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Zürich)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJV	Schweizerischer Juristenverein
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
SNB	Schweizerische Nationalbank
StenBull.	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
StGB	Strafgesetzbuch vom 21. Dez. 1937
StR	Ständerat
SchlT	Schlusstitel
UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. Sept. 1943
URG	Urheberrechtsgesetz vom 7. Dez. 1922
VE	Vorentwurf
VKK	Veröffentlichungen der schweizerischen Kartellkommission (Zürich)
VO	Verordnung
VV	Vollzugsverordnung, Vollziehungsverordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuR	Wirtschaft und Recht (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSGV	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

I. KAPITEL

Wirtschaftliche Grundlagen

1. Begriff und Bedeutung des Marketings

1.1. Der Begriff des Marketings

Ursprünglich unterschied sich der Marketingbegriff kaum vom Begriff des Absatzes. So verstand man bis in die Fünfzigerjahre unter Marketing alle diejenigen Aufgabenbereiche der Unternehmung, die eine erstellte Leistung den Konsumenten zuführen sollen. Erst seit DRUCKER wird das Marketing als Grundeinstellung verstanden, die eine systematische und gezielte Ausrichtung aller Unternehmungsaktivitäten auf die Bedürfnisse und Erwartungen des Marktes verlangt[1].

Charakteristisch für das Marketing ist die ständige Orientierung an den fortlaufenden Veränderungen des Marktes[2]. Die Unternehmung ist vom Markt mit seinen Bedürfnissen her zu betrachten und zu führen. Die gesamte betriebliche Tätigkeit muss sich auf die Bedürfnisse und Wünsche des Absatzpartners ausrichten. Das bedeutet, dass in jeder Phase der Leistungserstellung und -verwertung die Konsumpräferenzen der Verbraucher dem Denken und Handeln der Unternehmungsleitung zugrunde liegen müssen.

Das Marketing weist zwei Aspekte auf. Es umfasst sowohl eine Führungsebene als auch eine operationelle Ebene. WEINHOLD spricht von Absatzführung und Absatzdurchführung[3].

Unter *Absatzführung* ist die Führung der Unternehmung vom Markt her zu verstehen. Unter diesem Aspekt ist das Marketing als eine echte Führungsaufgabe anzusehen, die in erster Linie darin besteht, "die Struktur des Marktes und des Marktgeschehens zu erfassen, zu analysieren und daraus die erforderlichen Schlussfolgerungen für die gesamte Unternehmungspolitik zu ziehen, sowie die, aus den darauf hin getroffenen Entscheidungen resultierenden Zielsetzungen durch Planung und Kontrolle durchsetzen zu helfen"[4]. Marketing als Führungsaufgabe umfasst alle Führungsstufen. Sowohl die Festlegung eines allgemeinen Zielsystems und genereller Verhaltensnormen in der Unternehmungspolitik als auch die Ausarbeitung operationeller Ziele und konkreter Strategien zur Erreichung der Unternehmungsziele auf der Planungsstufe müssen auf den Markt ausgerichtet sein.

1 Drucker P.F., The Practice of Management, New York 1954, S. 37 ff.; Hill W., Marketing, Band 1, Bern und Stuttgart 1971, S. 35 f.; Kotler P., Marketing Management, analysis, planning and control, Englewood Cliffs 1967, S. 12; Lipson H.A., Introduction to Marketing, An administrative Approach, New York/London/Sydney/Toronto 1971, S. 5.

2 Linnert P., Marketing-Mix, in: Marketing- und Verkaufsleiterhandbuch, 2. Auflage, München 1972, S. 309.

3 Weinhold H., Marketing, Ein Lehrgang in 12 Lektionen, 3. Auflage, Heerbrugg 1972, S. 14.

4 Linnert P., a.a.O., S. 23.

Das Marketing bezieht sich aber nicht nur auf die Führung der Unternehmung, sondern auch auf die *Absatzdurchführung*, die Geschäftsabwicklung; sie muss sich ebenfalls auf die Konsumenten ausrichten. Marketing bedeutet also auch, den Markt zu gestalten, d.h. aktiv in das Marktgeschehen einzugreifen[5]. Marketing als unternehmerische Grundeinstellung wird also ergänzt durch den operationellen Begriff des Marketings als Mittel und Methode[6].

Bei der Absatzdurchführung steht der Einsatz des absatzpolitischen Instrumentariums im Mittelpunkt. Unter dem absatzpolitischen Instrumentarium bzw. den Marketinginstrumenten sind die Mittel zu verstehen, die der Unternehmung zur Verfügung stehen, um auf dem Markt ihren Einfluss geltend zu machen. Das Instrumentarium gliedert sich in die Marktleistungsgestaltung, die Preisgestaltung, die Marktbearbeitung (Werbung, Verkauf, Verkaufsförderung) und die Distribution.

Auf vollkommenen Märkten kommt den Marketingmassnahmen keine Bedeutung zu, da ihr Einsatz lediglich Kosten verursacht, jedoch keinerlei Wettbewerbsvorsprung erwarten lässt[7]. Solche Märkte existieren aber nur im Modell. In der Wirklichkeit befindet sich der Anbieter auf mehr oder weniger unvollkommenen Märkten mit fehlender oder ungenügender Markttransparenz, inhomogenen Gütern, nur beschränktem Nutzenstreben und zum Teil ungleichen Machtverhältnissen. Zudem ergeben sich auf realen Märkten Wettbewerbsvorsprünge, weil die Reaktionsgeschwindigkeit bei Bedürfnisänderungen und Konkurrenzmassnahmen nicht unendlich gross ist. Auf solchen Märkten gewinnen Marketinganstrengungen an Bedeutung, erhält doch der Anbieter durch die Marketingmittel die Instrumente, die es ihm ermöglichen, die Konsumentenbedürfnisse zu erforschen und aktiv und gestaltend in das Marktgeschehen einzugreifen.

1.2. Marketing und Recht

Die Unternehmung stellt nicht ein geschlossenes System dar, das seine Entscheide unabhängig von äusseren Einflüssen treffen kann. Vielmehr steht sie in engem Kontakt zur Umwelt, die in vielfältiger Weise auf den Entscheidungsprozess einwirkt. Die Umwelt kann in Anlehnung an PÜMPIN als ein der Unternehmung übergeordnetes Supersystem angesehen werden, das der Unternehmung Sollwerte

5 Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Einführung in die Lehre von der Absatzwirtschaft, 2. Auflage, Berlin 1969, S. 57.

6 Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Absatzwirtschaft, S. 78 ff.

7 Im Modell der vollkommenen Konkurrenz sind Leistungen undenkbar, die nicht auf die Bedürfnisse der Konsumenten abgestimmt sind, da diese sich von reinem Nutzenstreben leiten lassen. Es gibt für den Anbieter also nur *ein* mögliches Leistungsangebot, das er dank unendlicher Reaktionsgeschwindigkeit und vollkommener Markttransparenz auch ohne weiteres bereitstellen kann. Reines Nutzenstreben und vollkommene Markttransparenz machen besondere Werbe- und Verkaufsanstrengungen überflüssig. Preispolitische Massnahmen sind angesichts fehlender Marktmacht und völliger Homogenität der Güter nicht zu erwarten. Diese Preise spielen sich im Modell unwillkürlich auf der Höhe der Grenz- und Durchschnittskosten

vorgibt, auf die sie ihre Aktivitäten abstimmen muss[8]. Einer dieser exogenen Einflussfaktoren, auf welche die Unternehmung keinen Einfluss ausüben kann, ist die Rechtsordnung. Sie kann als Datum aufgefasst werden, das bei allen Unternehmungsentscheiden mitberücksichtigt werden muss. Die rechtlichen Rahmenbedingungen wirken auf alle Phasen und Stufen des Entscheidungsprozesses ein und beeinflussen die Tätigkeiten in allen Funktionsbereichen. So werden auch die Marktbeziehungen der Unternehmung durch Rechtsnormen tangiert.

Aufgabe dieser Arbeit ist es, die rechtlichen Rahmenbedingungen darzustellen, welche auf die Marketingentscheide der Unternehmung – in unserem Fall der Banken – einwirken.

Die rechtlichen Beschränkungen des Entscheidungsspielraums lassen sich unterteilen in *allgemeine Rechtsnormen,* die für alle Rechtssubjekte gleichermassen Geltung haben und damit sämtliche Handlungen der Unternehmung betreffen. Zudem in *solche, die speziell die Beziehung der Unternehmung zum Markt beeinflussen.* Letztere lassen sich wiederum gliedern in Normen, die das Marketing oder Teilbereiche des Marketings der Unternehmung aus irgendwelchen Gründen direkt Beschränkungen unterwerfen wollen; ferner in solche, deren Zielrichtung eine andere ist, die sich aber indirekt (sozusagen als Reflex) doch auf das Marketing auswirken. Der Gesetzgeber hat also nur bei einem Teil der Rechtsnormen, die die Marketingaktivitäten der Unternehmung beschränken, die Absicht, auf diese Tätigkeiten direkt Einfluss auszuüben. Die restlichen Bestimmungen dienen andern gesetzespolitischen Zwecken und tangieren die Marktbeziehungen der Unternehmung nur, weil die Ziele auf andern Wegen nicht erreicht werden können; beispielsweise weil Marktleistungen angeboten werden, die eine gesetzliche Regelung notwendig machen.

Nach der *Auswirkung auf die Entscheidungsfindung* der Unternehmung können wir diese Normen und Normenkomplexe unterteilen in Rechtsnormen, die die Zielsetzung der Unternehmung mitbestimmen und auf die Festlegung von Marktstrategien einwirken; und in solche, die lediglich die Absatzdurchführung, also den Einsatz des absatzpolitischen Instrumentariums betreffen. Während die erstgenannten Normen zu einer andern Zusammensetzung oder Gewichtung des Marketing-Mixes führen, wird bei den andern lediglich die Art und Weise des Einsatzes des absatzpolitischen Instrumentariums oder einzelner Marketinginstrumente betroffen. An einem Beispiel verdeutlicht heisst dies, dass ein globales Werbeverbot für bestimmte Marketingleistungen dazu führt, dass dieses Instrument aus dem Marketing-Mix ausgeschlossen und das Schwergewicht auf andere Instrumente ver-

ein. Vgl. zum Modell der vollkommenen Konkurrenz: Jöhr W.A., Das Modell der vollkommenen Konkurrenz, in: Konkurrenz und Planwirtschaft, Beiträge zur theoretischen Nationalökonomie, Bern 1946, S. 45 ff.

8 Vgl. Pümpin C., Information und Marketing, Band 1 der Schriftenreihe "Marketing-Management", St. Gallen 1973, S. 114. Pümpin nennt als Rahmenstrukturen die geographisch-physikalische, die technologische, die wirtschaftliche, die demographische, die sozial-psychologische und die rechtlich-politische Umwelt (S. 157 ff.).

lagert werden muss, obwohl man sich aufgrund der Verbrauchergewohnheiten am ehesten vom Einsatz dieses Instrumentes Erfolg versprochen hätte. Wird hingegen die Werbung lediglich insoweit beschränkt, dass gewisse Werbeinhalte verboten oder die Benutzung bestimmter Werbemittel untersagt werden, so bleibt das Marketinginstrument grundsätzlich zugänglich, kann also im Marketing-Mix belassen werden. Durch eine solche Massnahme wird die Gestaltung und die Art und Weise des Einsatzes Beschränkungen unterworfen, während der grundsätzliche Entscheid der Unternehmungsleitung, die Werbung einzusetzen, nicht tangiert wird[9].

Bisher haben wir lediglich die Beziehung des Marketings zur bestehenden Rechtsordnung betrachtet. Im Zeitablauf sind die Rechtsnormen, wie alle andern Umweltdaten, jedoch einem unablässigen Wandel unterworfen, der Rückwirkungen auf die Marktbeziehungen zur Folge hat und daher im Marketingentscheidungsprozess berücksichtigt werden muss. Während der Verlauf bestimmter Umweltdaten (wie beispielsweise die konjunkturelle Entwicklung oder der technische Fortschritt) ausserordentlich schwer zu prognostizieren ist, sind andere entsprechende Determinanten leichter durchschaubar. Zu diesen transparenteren Faktoren kann die Rechtsordnung gezählt werden. Veränderungen der Rechtsnormen kündigen sich im allgemeinen rechtzeitig an, so dass die Unternehmungen nicht unvermutet und unvorbereitet auf Änderungen reagieren müssen. In der Regel gewähren politische Vorstösse, Vernehmlassungsverfahren und parlamentarische Beratung der Unternehmung einen genügenden Zeitraum, um sich auf neue Gegebenheiten einzustellen. Das bedingt allerdings, dass die sich abzeichnenden Neuerungen laufend beobachtet und auf ihre Verwirklichungswahrscheinlichkeit geprüft werden. In Ausnahmefällen kann sich aber auch die rechtliche Rahmenordnung unvermittelt ändern. Dadurch wird die Unternehmung gezwungen, kurzfristig neue rechtliche Bestimmungen bei ihren Entscheidungen in Rechnung zu stellen und (unter Umständen) sofort Umstellungen beim Einsatz der Marketingmittel vornehmen zu müssen.

Hier dürften gerade die Banken besonderen Belastungen ausgesetzt sein, denn es liegt in der Kredit- und Währungspolitik in der Natur der Sache, dass die Währungsbehörden kurzfristig und ohne Vorankündigung auf monetäre Ereignisse reagieren müssen (z.B. Anlageverbot für Ausländer).

1.3. Der Begriff des Marketings im juristischen Sprachgebrauch

Der Begriff des Marketings ist weder in Gesetzen noch in der Rechtsprechung anzutreffen. Hingegen tauchen an verschiedenen Stellen betriebswirtschaftliche Ausdrücke wie Absatz, Verkauf und Vertrieb auf. Diese werden jedoch völlig uneinheit-

9 In diesem Zusammenhang muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass die Beschränkung eines Marketinginstrumentes die Absatzdurchführung so erschweren kann, dass die Unternehmungsleitung eine andere Gewichtung des Marketing-Mixes vornimmt, so dass sich die Beschränkung schliesslich doch auf die Absatzstrategie auswirkt.

lich verwendet, was angesichts der Begriffsverwirrung, die in der Betriebswirtschaftslehre teilweise anzutreffen ist, verständlich ist[10]. Es ist daher in jedem einzelnen Fall durch Auslegung zu ermitteln, welchen Inhalt diese Begriffe aufweisen. Nur so kann abgeklärt werden, ob einem dieser Begriffe die umfassende Bedeutung des Marketings zukommt oder ob lediglich ein Teilbereich des Marketings einer Regelung unterworfen werden soll[11].

Das Gleiche gilt grundsätzlich für die in Gesetzen vielfach anzutreffenden Bezeichnungen für einzelne Bereiche des Marketings. Auch hier kann nur durch sorgfältige Auslegung geklärt werden, was unter den jeweiligen Begriffen zu verstehen ist. Die Schwierigkeit liegt dabei nicht so sehr in der Tatsache, dass die unterschiedliche Begriffsverwendung in der Betriebswirtschaftslehre dazu geführt hat, dass für die Regelung gleicher Tatbestände verschiedene Bezeichnungen gewählt werden (z.B. Werbung, Reklame, Propaganda). Problematischer ist vielmehr, dass einer rechtlichen Bestimmung eine völlig unterschiedliche Tragweite zukommen kann, je nachdem ob ein bestimmter Begriff in einem engeren oder weiteren Sinn zu verstehen ist. So kann sich etwa eine rechtliche Regelung der Werbung auf die (unpersönliche) Absatzwerbung beschränken; sie kann aber auch die persönliche Werbung (also den Verkauf) und PR-Massnahmen miteinbeziehen.

2. Marketing der Banken

2.1. Besonderheiten des Bankmarketings

Im Unterschied zur Konsumgüterindustrie bietet die Bank, von einigen Ausnahmen abgesehen (z.B. Verkauf von Goldmünzen), Dienstleistungen an. Daraus ergeben sich verschiedene Besonderheiten, die im Einsatz des absatzpolitischen Instrumentariums zum Ausdruck kommen. Die Unkörperlichkeit von Dienstleistungen verunmöglicht einmal eine körperliche Wahrnehmung der angebotenen Leistungen. Sie erschwert damit die Marktbearbeitung, denn die Leistungen können nicht vorteilhaft verpackt und demonstriert werden. Zudem ist es für den Marktpartner äus-

10 Die Begriffe Absatz, Vertrieb, Verkauf werden in der deutschsprachigen Betriebswirtschaftslehre nicht einheitlich verwendet. Was der eine Autor unter Vertrieb versteht, versteht der andere unter Absatz oder sogar unter Verkauf. Vgl. dazu: Preisig H., Marketing in der Produktionsgüterindustrie, St. Galler Dissertation, Winterthur 1962, S. 14 ff. mit Hinweisen auf die unterschiedliche Verwendung der Begriffe; Weinhold H., Grundlagen wirtschaftlicher Absatzführung, Bern 1964, S. 26; Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Absatzwirtschaft, S. 22.

11 Die Begriffe Verkauf und Vertrieb können, wenn sie wie in der modernen Literatur üblich, in einem engeren Sinn gebraucht werden, als absatzpolitische Instrumente aufgefasst werden.

serst schwierig, bei unkörperlichen Angeboten eine Qualitäts- und damit eine Werteinstufung vorzunehmen[12]. Schliesslich wird die Marketingabteilung mit dem Problem der Gleichzeitigkeit von Entstehung und Absatz von Dienstleistungen konfrontiert. Dienstleistungen können nicht wie andere Marktleistungen auf Vorrat produziert und gelagert werden. Die mangelnde Lagerfähigkeit führt dazu, dass das Leistungspotential der Banken auf Spitzenbelastungen ausgerichtet werden muss. Das bedeutet, dass während der restlichen Zeit Überkapazitäten in Kauf zu nehmen sind[13].

Eine weitere Besonderheit des Bankmarketings ist in der Tatsache zu sehen, dass sich die Marketingaktivitäten sowohl auf das Aktiv- als auch auf das Passivgeschäft erstrecken. So ist im Passivgeschäft nicht bloss eine Mittelbeschaffung, sondern vielmehr Absatz von Anlagemöglichkeiten zu sehen. Das Angebot eines Kreditinstituts umfasst demzufolge sämtliche von ihm erbrachten Dienstleistungen, unabhängig davon, ob sie dem Aktiv-, Passiv- oder indifferenten Geschäft zuzuordnen sind[14].

Die Schwierigkeit des Bankmarketings liegt darin, das absatzpolitische Instrumentarium so dosiert einzusetzen, dass die beiden Leistungsbereiche (Aktiv-, Passivgeschäft) im Gleichgewicht gehalten werden können.

Im Gegensatz zu andern Unternehmungen wenden sich die Kreditinstitute zur Förderung der Mittelbeschaffung und der Leistungsverwertung an denselben potentiellen Kundenkreis. Dieser Wettbewerb auf zwei Ebenen erfordert einen klugen und sorgfältigen Einsatz der Werbeargumente und -appelle, gilt es doch davon zu überzeugen, dass kein Widerspruch darin liegt, sowohl für die Anlage von Sparkonten und den Kauf von Wertpapieren zu werben, als auch gleichzeitig Kleinkredite und Anschaffungsdarlehen anzubieten.

Jede menschliche Handlung, so auch jeder Kauf- oder Konsumakt, lässt sich letztlich auf ein bestimmtes Bedürfnis oder einen Bedürfniskomplex zurückführen. Solche Bedürfnisse und Bedürfniskomplexe werden, wenn sie sich quantifizieren, zu Bedarf, der seinerseits, wenn die nötige Kaufkraft vorhanden ist, nachfragewirksam wird[15]. Für die Bankleistungen, besonders für die Aktivgeschäfte ist wichtig, dass sie nicht direkt der Befriedigung eines originären Bedürfnisses dienen. Vielmehr sind sie bloss Mittel zur Befriedigung des derivativen Bedarfs nach Kaufkraft[16]. Wenn ein Teil der Bankleistungen auch nur indirekt der Befriedigung originärer Bedürfnisse dient, so sind sie doch nur in Verbindung mit der Realisierung dieser Bedürfnisse Gegenstand der Nachfrage. Der Bedarf nach Geld tritt mit andern Worten

12 Cramer J., Neue Dienstleistungen im Bankbetrieb, Ihre Planung und Einführung, Frankfurt a.M. 1970, S. 25 f.; Duus O., Der Einsatz absatzpolitischer Mittel bei Bank- und bei Industriebetrieben, Betriebswirtschaftliche Vergleiche, Band 1, Berlin 1973, S. 83.

13 Die Gleichzeitigkeit von Leistungserstellung und Absatz hat zur Folge, dass der Lieferzeit im Bankbetrieb keine Bedeutung zukommt.

14 Cramer J., Neue Dienstleistungen, S. 23.

15 Weinhold H., Marketing, S. 43; Lisowsky P.U., Das Bedürfnis als absatzwirtschaftliches Problem, St. Galler Dissertation, Zürich 1968, S. 48.

16 Vgl. Loos N., Die Marktpolitik der Kreditinstitute, Betriebswirtschaftliche Abhandlungen, NF Band 19, Stuttgart 1969, S. 55 ff.

immer in Verbindung mit andern menschlichen Bedürfnissen auf, die aufzudecken und anzusprechen Aufgabe des Bankmarketings ist.

2.2. Die Marktform

Das schweizerische Bankgewerbe weist eine grosse Anzahl selbständiger Institute auf. Diese Tatsache könnte zur Annahme verleiten, der Markt für Bankleistungen habe eine polypolistische Angebotsstruktur[17]. Nun ist aber zu beachten, dass eine grosse Anzahl dieser Institute in keinem Konkurrenzverhältnis zueinander steht, da der Tätigkeitsbereich der Mehrzahl der Anbieter sich auf lokale und regionale Märkte beschränkt. Der Markt der Kreditinstitute kann also nicht als Einheit aufgefasst werden, sondern muss in räumliche Teilmärkte unterteilt werden. Auf diesen Teilmärkten herrscht eine *oligopolistische Angebotsstruktur* vor[18].

Die Aufteilung des Marktes in räumliche Teilmärkte mit unterschiedlicher Preisbildung wird durch die Schweizerische Bankiervereinigung noch gefördert. Denn sie untersagt in ihren Konkurrenzierungsrichtlinien auswärtigen Instituten, die regional durch Konventionen geregelten Ansätze zu unterbieten[19].

Die oligopolistische Marktform hat nicht seit jeher bestanden. Solange die Universalisierung des Angebots noch nicht so weit fortgeschritten war und die einzelnen Banken und Bankengruppen unterschiedliche Sortimente und eine typische Kundenstruktur besassen, wies der Bankmarkt stark monopolistische Züge auf. Erst durch das Eindringen in Märkte, die bisher als Domänen anderen Bankengruppen angesehen wurden und durch den Ausbau des Geschäftsstellennetzes stieg die Zahl der Wettbewerber, so dass Monopolstellungen abgebaut werden konnten und oligopolistische Märkte entstanden[20].

17 Der Markt der Kreditinstitute wird in der Regel in die Segmente private Haushalte, vermögende Privatkunden und Unternehmungen aufgeteilt. Vgl. dazu: Feldbausch F., Bankmarketing, München o.Jg., S. 87 ff.; Slevogt H., Marketing für das Bankgeschäft, in: Floss E./ Muthesius P., Handbuch der Bankenwerbung, Frankfurt a.M. 1972, S. 18 f.; Iseli E., Möglichkeiten des Marketing als Grundlage der Unternehmungsführung im Bankwesen, St. Galler Diss., Zürich 1968, S. 43 ff.

18 Vgl. dazu für Deutschland: Hagenmüller K., Bestimmungsfaktoren preispolitischer Autonomie bei Kreditinstituten, in: Festschrift für Heinrich Rittershausen, Stuttgart 1968, S. 158 ff.; Cramer J., Marketing bei Banken, 3. Auflage, Frankfurt a.M. 1975, S. 20 f.
Der Kreis der Wettbewerber auf Teilmärkten ist lokal durch ihren Standort und ihre Absatzreichweite, sachlich durch die Art ihres Angebotes begrenzt. Die Reichweite ist bei verschiedenen Leistungen und Kundengruppen unterschiedlich gross.

19 Art. 5 des Zirkulars Nr. 192 D über die Konkurrenzierung der Banken unter sich vom 7. April 1967.

20 Mit zunehmender Zahl der Marktbeteiligten steigt ceteris paribus die Unsicherheit eines Konkurrenten, Aktionen und Reaktionen der am Marktgeschehen Beteiligten abzuschätzen (vgl. Aust E., Der Wettbewerb in der Bankwirtschaft, Frankfurt 1963, S. 46).

Die Tatsache, dass die Grossbanken[21] praktisch als einzige Banken den gesamten schweizerischen Markt bearbeiten, lässt ihren grossen Anteil am Bilanzsummentotal in einem besonderen Licht erscheinen. Wird zudem beachtet, dass ein bedeutender Anteil der Bilanzsumme auf das Auslandgeschäft entfällt, so liegt der Schluss nahe, dass diesen Banken durchaus nicht auf allen Teilmärkten ein beherrschender Einfluss zukommen kann. Die drei Grossbanken haben zwar auf dem nationalen Markt eine starke Stellung inne, sind sie doch praktisch als einzige Banken in der Lage, die finanziellen Bedürfnisse national und international tätiger Grossunternehmen vollumfänglich zu befriedigen. Auf regionalen und lokalen Teilmärkten stehen sie aber in allen Geschäftssparten in einem harten Konkurrenzkampf mit den auf diesen Märkten operierenden Instituten.

Nach Ansicht der modernen wirtschaftswissenschaftlichen Theorie genügt die geringe Anzahl von Anbietern, von denen jeder über einen beträchtlichen Marktanteil verfügt, nicht, um ein Oligopol zu charakterisieren. Heute wird eher vom üblichen Marktformenschema abgewichen und das Verhalten der Unternehmung in den Mittelpunkt gestellt. Entscheidend ist nunmehr das aus der besonderen Marktstruktur erwachsende Bewusstsein wechselseitiger Abhängigkeit; die sogenannte *oligopolistische Interdependenz*[22].

Während der Monopolist nur die Dispositionen der Nachfrager zu beachten hat und der Polypolist praktisch keinen Markteinfluss aufweist, muss der Oligopolist bei seinen Entscheidungen Rücksicht auf das Verhalten der Konkurrenten nehmen. Die einzelne Unternehmung besitzt zwar aufgrund ihres beachtlichen Marktanteils Einfluss auf den Markt, doch ist dieser nicht so gross, dass allfällige Reaktionen der Konkurrenten ignoriert werden könnten. Ein Oligopol liegt also immer dann vor, wenn die wenigen Anbieter über einen so grossen Marktanteil verfügen, dass jeder einzelne von ihnen bei seinen Marktentscheidungen mit allfälligen Reaktionen der Konkurrenten rechnen muss[23]. Nur auf vollkommenen Märkten muss der Oligopolist allerdings erwarten, dass die Konkurrenten auf alle seine Aktionen reagieren[24]. Auf unvollkommenen Märkten verfügt er über eine beschränkte Autonomie.

21 Wenn in der Folge von Grossbanken gesprochen wird, so soll die Bank Leu, die traditionellerweise zu dieser Bankengruppe gezählt wird, aber eher den Charakter einer Regionalbank aufweist, ausgeschlossen werden. Auch für die Schweizerische Volksbank gelten die Ausführungen nur mit Vorbehalten.

22 Machlup F., Oligopol, in: HdSW, achter Band, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1964, S. 83; Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Marketing, 8. Auflage, Berlin 1975, S. 215 ff.; Gutenberg E., Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, zweiter Band, Der Absatz, 12. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1970, S. 266 ff.; Greminger W., Das Oligopol im schweizerischen Kartellgesetz, volkswirtschaftliche und rechtliche Aspekte, Bern und Frankfurt 1971, S. 31 ff. mit weiteren Hinweisen auf die Spezialliteratur.

23 Es ist nicht erforderlich, dass die Oligopolisten den gesamten Umsatz eines bestimmten Marktes auf sich vereinigen. Der Tatbestand ist vielmehr auch dann erfüllt, wenn neben der Oligopolgruppe noch eine Reihe von Unternehmen mit geringfügigem Marktanteil bestehen. Dieser Oligopolbegriff, der in Anlehnung an Greminger gewählt wurde, schliesst also das sogenannte Teiloligopol mit ein (vgl. Greminger W., a.a.O., S. 32).

24 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Konkurrenzreaktionen nicht bei allen Oligopolen von gleicher Tragweite sind. Während im unkoordinierten Oligopol mit Vergeltungsmassnahmen

Er hat nur mit Reaktionen der Konkurrenten zu rechnen, wenn er mit seinen Massnahmen den reaktionsfreien Bereich überschreitet, der sich aus der fehlenden Homogenität der Güter und der unzureichenden Markttransparenz ergibt[25].

In der Literatur wird die oligopolistische Reaktionsverbundenheit vor allem bei der Preisfestsetzung betrachtet. Der Oligopolist hat aber auch beim Einsatz der übrigen Marketinginstrumente die Reaktion der Konkurrenten in Rechnung zu stellen. Im allgemeinen werden diese Massnahmen aber als viel harmloser betrachtet als der Preiswettbewerb, weshalb der Spielraum des Oligopolisten beim Einsatz dieser Instrumente wesentlich grösser sein dürfte[26]. In der Regel ist es geradezu so, dass sich der Wettbewerb im Oligopol auf den Nichtpreiswettbewerb verlagert und dort in vielen Fällen umso erbitterter geführt wird. Der Konkurrenzkampf kommt im Oligopol keineswegs zum Erliegen; er verlagert sich lediglich auf Aktivitäten der übrigen Wettbewerbsbereiche.

Zur Verringerung der bestehenden Unsicherheiten streben die Oligopolisten eine Kooperation untereinander an, die in der Regel in erster Linie dazu dient, die Tätigkeiten auf dem Preissektor aufeinander abzustimmen[27]. Diese Kooperationen können verschiedene Stufen annehmen und vom blossen Informations- und Gedankenaustausch sowie dem stillschweigend gleichgerichteten Verhalten bis zu Abreden kartellistischer Natur reichen; wobei diese Absprachen ihrerseits in der Form unverbindlicher, mündlicher Vereinbarungen (Frühstückskartelle) oder in der Form bindender Verträge in Erscheinung treten können.

In der Schweiz bestehen eine Reihe kartellistischer Vereinbarungen, die den Zweck verfolgen, unorganisierte Oligopole in organisierte zu verwandeln. So wurden im Rahmen der Schweizerischen Bankiervereinigung, der nationalen Verbände und der regionalen Vereinigungen eine grössere Anzahl von Konventionen und Vereinbarungen abgeschlossen, die den Wettbewerb einer einheitlichen Regelung unterwerfen sollen[28]. Wohl die grösste Bedeutung dürfte dabei (dem oben gesagten entsprechend) den Preiskartellen zukommen[29]. Daneben bestehen aber eine Reihe von

und einem Preiskampf gerechnet werden muss, erwartet den Oligopolisten im organisierten Oligopol (Kartell) in der Regel eine Massregelung, eine Geldbusse oder schlimmstenfalls der Ausschluss. Die Reaktionen sind im organisierten Oligopol also viel überschaubarer. Im Sympathieoligopol, das auf einem allgemein anerkannten Gemeinschaftsinteresse oder auf einer anerkannten Geschäftsmoral beruht, hat der gegen die "Spielregeln" verstossende Wettbewerber lediglich mit einer persönlichen Geringschätzung zu rechnen. Diese Reaktion kann jedoch in Ausnahmefällen weit grössere Folgen zeitigen als der Ausschluss aus einem Kartell.

25 Vgl. Greminger W., a.a.O., S. 34; Röhr H., Potentialorientierte Marketingplanung im Universalbankbetrieb, Bankwirtschaftliche Sonderveröffentlichungen des Instituts für Bankwirtschaft und Bankrecht an der Universität zu Köln, Band 22, Köln 1974, S. 223; Aust E., a.a.O., S. 198; vgl. dazu auch Gutenberg E. (S. 282 f.), der vom akquisitorischen Potential einer Unternehmung spricht.

26 Vgl. Machlup F., a.a.O., S. 91.

27 Vgl. Greminger W., a.a.O., S. 40; Aust E., a.a.O., S. 164.

28 VKK 1968, S. 226 ff.

29 Die Kartellkommission spricht von Zins- und Gebührenkartellen sowie von Wechselkurskartellen (VKK 1968, S. 226 ff.).

Kostenbeschränkungskartellen sowie die Quotenkartelle der Emissionssyndikate. Den im Rahmen der genannten Vereinigungen abgeschlossenen Kartellen gehören in der Regel nicht alle Mitgliedbanken an. Keine einzige Konvention der Bankiervereinigung wurde beispielsweise von sämtlichen Mitgliedern unterzeichnet[30].

Bereits an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass nicht alle Absprachen zur Verringerung der Unsicherheit und Beeinflussung des Wettbewerbs dienen. Im Bankgewerbe ist vielmehr ein grösseres Mass an Zusammenarbeit erforderlich als in andern Wirtschaftsbereichen, wenn das Banksystem reibungslos funktionieren und die ihm übertragenen Aufgaben bewältigen soll. Daher sind auch eine Reihe entsprechender Regelungen notwendig, um dieses Zusammenwirken sicherzustellen[31].

2.3. Die absatzpolitischen Instrumente der Banken

Unter diesem Titel soll versucht werden, die einzelnen absatzpolitischen Instrumente, die den Banken zur Marktbeeinflussung zur Verfügung stehen, darzustellen, um Ansatzpunkte für rechtliche Beschränkungen des Entscheidungsspielraumes zu gewinnen. Die Gliederung der Marketinginstrumente folgt dabei weitgehend der von WEINHOLD entwickelten Systematik[32].

2.3.1. Marktforschung

2.3.1.1. Aufgabe der Marktforschung

Jede Unternehmung benötigt Informationen über ihre Umwelt, um Marketingziele bestimmen und die absatzpolitischen Instrumente gezielt einsetzen zu können. Beschaffung und Auswertung dieser Informationen ist Aufgabe der Marktforschung. Der Begriff der Marktforschung wird hier in einem umfassenden Sinn verstanden und meint den gesamten Bereich der Informationsgewinnung aus der Umwelt der Unternehmung für absatzpolitische Entscheidungen. Die Marktforschung ist kein

30 Den Konventionen der Schweizerischen Bankiervereinigung können sich auch Nichtmitglieder anschliessen, wovon bei den einzelnen Konventionen eine unterschiedliche Anzahl Gebrauch gemacht hat.

31 So kann beispielsweise der Zahlungs- und Rechnungsverkehr nur reibungslos funktionieren, wenn die Zusammenarbeit der beteiligten Banken sichergestellt ist und entsprechende Verhaltensregelungen getroffen sind (Bankenclearing). Ferner sind die mit Grosskrediten verbundenen Risiken in vielen Fällen so gross, dass sich Bankengruppen zusammenschliessen müssen, um solche finanzielle Bedürfnisse überhaupt befriedigen zu können.

32 Vgl. Weinhold H., Marketing, S. 73 f.; Weinhold H., Absatzführung, S. 108 ff.; Etwas andere Gliederungen wählen: Kühl H., Das marktpolitische Instrumentarium der Bank unter besonderer Berücksichtigung der Werbung, Göttinger Dissertation, Göttingen 1967, S. 14 ff.;

eigentliches Marketinginstrument. Sie bildet vielmehr den Ausgangspunkt des Marketings, das ohne systematische Marktforschung undenkbar wäre.

Neben der Ermittlung und der Prognose makroökonomischer Daten (wie Bruttosozialprodukt, Sparquote, Bevölkerungsentwicklung und Investitionsneigung) muss die Marktforschung Daten über Grösse und Struktur des Bedarfs, über Zahl und räumliche Verteilung der Bedarfsträger innerhalb regional abgegrenzter Markträume, über Lebensstandard, Verbraucherverhalten und Bedürfnisstrukturen sowie Informationen über die Wirkungszusammenhänge beim Einsatz der Marketinginstrumente und über das Konkurrenzverhalten bereitstellen[33]. Daneben braucht die Unternehmungsleitung Informationen über die eigene Unternehmung (Kostenverläufe, Kapazitäten, etc.), deren Erfassung und Aufbereitung Aufgabe des Rechnungswesens und der Betriebsstatistik ist.

2.3.1.2. Methoden der Marktforschung

Die Marktforschung unterscheidet zwischen primären und sekundären Erhebungsmethoden. Die sekundäre Erhebungsmethode oder "desk research" besteht darin, bestehende Daten, die von Amtsstellen, Verbänden, Handelskammern und Wirtschaftsforschungsinstituten bereitgestellt werden, durch Umarbeiten, Interpretieren und Korrelieren für die eigenen Bedürfnisse dienlich zu machen. Bestehen zur Lösung eines Marketingproblems keine Informationen, die aus einer Statistik, einer Dokumentation oder einem Archiv beschafft werden können, so muss zur Primärerhebung oder "field research" gegriffen werden. Sie dient der selbständigen Erhebung gezielter Informationen, sei es durch die eigene Marketingabteilung oder durch eine auf solche Untersuchungen spezialisierte Institution. Bei primären Untersuchungen können verschiedene Techniken angewendet werden. Neben Befragungen kommen insbesondere Beobachtungen und Experimente in Betracht.

Befragungen können, je nach Art der zu beschaffenden Informationen telephonisch, schriftlich oder mündlich durchgeführt werden[34]. Sie basieren in der Regel auf standardisierten Fragen bei einem durch Zufall ausgewählten Personenkreis[35]. Die den Unternehmer interessierenden Fragen können den befragten Personen im allgemeinen nicht direkt gestellt werden, da eine Reihe von Fehlerquellen das Un-

Slevogt H., a.a.O., S. 23 ff.; Krug D., Die Marktoperationen der Banken, Ein Beitrag zu einer Theorie des Bankenwettbewerbs, Dissertation TU Berlin 1972, S. 112 ff.

33 Dazu: Gutenberg E., a.a.O., S. 84 ff.; Weinhold H., Absatzführung, S. 137 ff.; Goedecke K., Bankmarketing für Kapitalanlagen, Frankfurt a.M. 1975, S. 46 ff.; Hill W., Band 1, S. 80 ff.; Pümpin C., Information und Marketing, S. 118 ff., S. 162 ff.

34 Vgl. Hill W., Band 1, S. 143; Noelle E., Umfragen in der Massengesellschaft, Einführung in die Methoden der Demoskopie, Hamburg 1971, S. 162 ff.; Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Marketing, a.a.O., S. 112.

35 Vgl. Hill W., Band 1, S. 149 ff.; Noelle E., a.a.O., S. 119 f.; Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Marketing, S. 95 ff.

tersuchungsergebnis verfälschen könnten[36]. Die Fragen müssen also (bevor sie in einen Fragebogen aufgenommen werden) in andere, für den Befragten verständlichere Fragen umgearbeitet werden[37]. Diese Übersetzung der Fragen führt dazu, dass der Befragte aus den ihm vorgelegten Fragen nicht oder nur schwerlich ersehen kann, was die Marktforscher schliesslich bezwecken.

Sollen durch die Befragung Motive für bestimmte Verhaltensweisen untersucht werden, so genügen einfache direkte Fragen nicht mehr, weil der Befragte entweder über seine wahren Beweggründe nicht Bescheid weiss oder nicht aussagen will. Oder weil die Gefahr besteht, dass ein irrationales Verhalten des Befragten bewusst oder unbewusst rationalisiert wird. Sollen Bedürfnisse ermittelt werden, die zum Teil nicht einmal der Versuchsperson bekannt sind, so müssen psychologische Tests, wie Satzvervollständigungstests, thematische Apperzeptions-Tests, Picture-Frustration-Tests in den Fragebogen eingebaut werden[38]. Zur Gewinnung rein qualitativer, nicht für grosse Bevölkerungsgruppen repräsentativer Informationen, kann das Tiefeninterview eingesetzt werden, durch welches geschulte Psychologen die wahren Motive einer Person zu ergründen suchen.

Beobachtungen liefern zuverlässige, objektive Informationen über das Verhalten und die Einstellungen bestimmter Personen, da die Versuchspersonen in der Regel nicht bemerken, dass sie durch versteckte Kameras gefilmt oder durch einseitig durchsichtige Spiegel beobachtet werden. Diese Untersuchungsmethode wird unter anderem bei Passantenstromanalysen, Werbemitteltests (Blickregistrierung) und zur Untersuchung des Verhaltens in Selbstbedienungsläden eingesetzt[39].

Auch das psychologische *Experiment* ist für die Versuchsperson in der Regel nicht durchschaubar. Die Versuchsperson weiss zwar, im Gegensatz zur Beobachtung, dass sie sich in einer Versuchssituation befindet, sie kennt aber das Versuchsziel nur in den wenigsten Fällen. Sollen zudem Verhaltensweisen untersucht werden, die der direkten Beobachtung nicht zugänglich sind, wird die eigentliche Versuchsphase so in den Versuchsablauf eingebaut, dass ihr die Testperson keine Beachtung schenkt. Auch hier weiss die Versuchsperson zwar, dass eine Versuchssituation auf sie zukommt; sie kennt aber weder Ziel der Untersuchung, noch weiss sie welche Phase des Versuchsablaufs für die Marktforscher entscheidend ist.

36 Zu diesen Fehlerquellen: Noelle E., a.a.O., S. 55 f.

37 In der Marktforschung wird von einem Übersetzen der Programmfragen in Testfragen gesprochen.

38 Vgl. Noelle E., a.a.O., S. 74 ff.

39 Bei Besobachtungen kann unterschieden werden in Feldbeobachtungen, bei denen das Verhalten des Probanden im gewohnten Umfeld untersucht wird und in Laborbeobachtungen, die in einer künstlich geschaffenen Situation vorgenommen werden. Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Marketing, S. 122.

2.3.2. Marktleistungspolitik

2.3.2.1. Leistungs- und Sortimentsgestaltung

Der Ausgestaltung der Leistung und der Zusammensetzung zu einem marktgerechten Sortiment kommt im Rahmen der Absatzpolitik allergrösstes Gewicht zu, denn das Leistungsangebot entscheidet letztlich über den Erfolg eines Instituts[40].

Ausschlaggebend für die Marktchancen ist (neben der richtigen Bestimmung der Art und des Umfangs) vor allem die *Qualität* der angebotenen Leistung. Unter diesem Begriff wird nicht die objektive, auf messbare und vergleichbare Beschaffenheiten abstellende Qualität verstanden, sondern die Eignung einer Bankleistung zur Befriedigung von Bedürfnissen[41]. Die Bankleistungen sind also so zu gestalten, dass sie dem Bedürfniskranz des Zielpublikums optimal entsprechen. Je besser es gelingt, die Bankleistungen auf die Befürnisstruktur der Absatzpartner auszurichten, umso grösser werden Aufforderungscharakter und Absatzchancen des Angebots[42]. Selbstverständlich werden auch objektive Qualitätselemente, wie Laufzeit, Rückzahlungsmodalitäten, Flexibilität etc. zur Bedürfnisbefriedigung beitragen[43]. Der Bankkunde entscheidet sich jedoch nicht ausschliesslich nach Zweckmässigkeitskriterien, denn sein Handeln wird nicht nur durch rationale, sondern auch durch emotionale Bedürfnisse und durch die soziale Umwelt beeinflusst[44].

Bei der Beurteilung der Qualität einer Leistung kommt dem Image eine ausschlaggebende Rolle zu, denn es gibt darüber Auskunft, welche Gefühle und Vorstellungen der Absatzpartner mit einem bestimmten Erzeugnis verknüpft. Gerade bei Bankleistungen wird das Image, wegen der ungenügenden Markttransparenz und dem mangelhaften Informationsstand der Kunden des Massengeschäfts, in erster Linie durch Elemente geprägt, die keinen Zusammenhang zur eigentlichen Leistung mehr haben[45]. Dadurch können periphere Faktoren zu bedeutenden Instrumenten der Produktgestaltung werden[46].

Der Absatzpartner der Banken braucht, um seine einzelnen Bedürfnisse befriedigen zu können, vermehrt nicht mehr nur Teilleistungen, sondern umfassende Problemlösungen (Finanzplanung, Vermögensverwaltung). Diese umfassenden Dienst-

40 Vgl. zur Leistungsgestaltung: Spanier H.D., Leistungspolitik im Mengengeschäft der Universalbank, Bankwirtschaftliche Sonderveröffentlichungen des Instituts für Bankwirtschaft und Bankrecht an der Universität zu Köln, Band 26, Köln 1975, S. 97.

41 Vgl. Schluep W.R., Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964, S. 72 f.; Abbott L., Qualität und Wettbewerb, München und Berlin 1958, S. 145 ff.; Duus O., a.a.O., S. 87 ff.; Weinhold H., Marketing, S. 85; Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Marketing, S. 182; Lehmann H.A., a.a.O., S. 44.

42 Spiegel B., Die Struktur der Meinungsverteilung im sozialen Feld, Das psychologische Marktmodell, Bern und Stuttgart 1961, S. 65 ff.

43 Vgl. dazu: Aust E., a.a.O., S. 93 ff.

44 Dazu: Lisowsky P.U., a.a.O., S. 31; Wiswede G., Motivation und Verbraucherverhalten, Grundlagen der Motivforschung, München und Basel 1965, S. 145.

45 Kühl H., a.a.O., S. 147 ff.

46 Vgl. Schluep W.R., Markenrecht, S. 103.

leistungen setzen sich aus Kombinationen von Leistungen zusammen, die unter einer einheitlichen Bezeichnung angeboten werden. Aufgabe der Leistungsgestaltung ist es deshalb auch, aus zum Teil bestehenden Teilleistungen bedürfnisgerechte Leistungsbündel zusammenzustellen, die als ganzheitliche Problemlösungen angeboten werden können[47].

Die sich ständig wandelnden Bedürfnisse und der technische Fortschritt führen dazu, dass auch Bankleistungen einen Lebenszyklus aufweisen, der von der Einführung über die Wachstums-, Reife- und Sättigungsphase schliesslich zur Degeneration führt[48]. Wenn sich die Lebenszyklen bestimmter Bankleistungen in der Vergangenheit auch als ausserordentlich dauerhaft erwiesen haben (z.B. Sparhefte), so muss der *Entwicklung neuer Produkte* doch grösste Aufmerksamkeit geschenkt werden. Dabei ist nicht nur die Entwicklung neuer, auf dem Markt noch nicht vertretener Leistungen, sondern auch die Änderung bereits auf dem Markt vorhandener eigener und fremder Leistungen in Betracht zu ziehen.

Neue Dienstleistungen lassen sich nach FELDBAUSCH in drei Kategorien einordnen: in Leistungen, die gegenüber bisherigen Leistungen Verbesserungen aufweisen und eher geeignet sind, die Kundenbedürfnisse zu befriedigen; Angebote, die aufgrund einer Bündelung verschiedener Dienstleistungen zu einem System, dem Kunden eine umfassende Lösung für seine Bedürfnisse bringen; schliesslich in Angebote, die zu einer Sortimentserweiterung führen und in neue Märkte übergreifen[49]. Durch die Einführung neuer Leistungen können Präferenzen für das Institut geschaffen werden. Der durch Neuerungen geschaffene Wettbewerbsvorsprung lässt sich allerdings nicht lange halten, da die Reaktionsgeschwindigkeit der Konkurrenz auf Neuerungen im Bankgewerbe ausserordentlich hoch ist. Der Grund liegt in der Tatsache, dass die Bank für die Erstellung neuer Produkte in der Regel nicht erst ein teures Leistungspotential aufbauen muss. Sie kann vielmehr (dank der "multivariablen" Nutzbarkeit ihrer Produktionsfaktoren) mit dem bestehenden Potential praktisch beliebige Leistungen erstellen. Deshalb ist die innovatorische Tätigkeit mit relativ geringen Entwicklungskosten (Sach- und Personalkosten) verbunden. Hinzu kommt, dass Leistungen, die vom Markt nicht akzeptiert werden – im Gegensatz zu Industrieprodukten – einfach und rasch abgeändert werden können. Das mit Neuerungen verbundene Risiko ist also vergleichsweise gering. Das führt aber eben dazu, dass die Wahrscheinlichkeit eines adaptiven Verhaltens der Konkurrenz (Nachahmung) sehr hoch ist[50]. Produktvariationen sind also nicht im gleichen Masse geeignet, einen dauernden Wettbewerbsvorsprung zu gewinnen wie in andern Unternehmungen. Die rasche Reaktion der Konkurrenz trifft die anbietende Unterneh-

47 Zu den Problemen der Leistungskoppelung: Lauer P., Leistungskoppelung im Bankbetrieb, Hamburger Diss. 1965, S. 109 ff.; Krümmel H.-J., Bankzinsen, Untersuchung über die Preispolitik von Universalbanken, Köln/Berlin/Bonn/München 1964, S. 122 ff.

48 Dazu: Hill W., Band 1, S. 21 f.; Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Marketing, S. 202 ff.; Feldbausch F., a.a.O., S. 298.

49 Feldbausch F., a.a.O., S. 292.

50 Krug D., a.a.O., S. 272.

mung zudem besonders hart, weil die neue Leistung in der Einführungsphase äusserst verwundbar ist[51]. Immerhin dürfte eine aktive Neuerungspolitik (auch wenn der Marktvorsprung nach kurzer Zeit wieder eingebüsst werden wird) dazu führen, dass der Innovator als initiatives Institut ein gewisses Meinungsmonopol aufbauen kann.

Die *Sortimentspolitik* verfolgt den Zweck, ein Leistungsprogramm zusammenzustellen, mit dem sämtliche relevanten Bedürfnisse der Zielgruppe optimal befriedigt werden können. Denn es ist nicht nur entscheidend, dass die einzelnen Leistungen und ihre Qualität den Bedürfnissen der Kunden entsprechen, sondern ebenso wichtig, dass der Anzahl nach genügend Leistungen angeboten werden[52].

Das Sortiment kann durch seine Breite und Tiefe charakterisiert werden. Während bei einer Verbreiterung gegenüber dem bisherigen Angebot zusätzliche Bedürfnisse befriedigt werden, sollen bei einer Vertiefung die gleichen Bedrüfnisse umfassender befriedigt werden.

Eine Verbreiterung des Programms führt zu einer weiteren Risikostreuung und damit zu einer Verminderung des Ertragsrisikos, ermöglicht eine Mischkalkulation und eine bessere Auslastung der Kapazität. Durch die Ausweitung des Programms können neue, potentielle Absatzpartner für das Institut gewonnen und damit die Marktstellung des Anbieters gestärkt werden. Auf der andern Seite ist mit der Ausweitung des Sortiments eine erhebliche Kostensteigerung verbunden, die nicht in vollem Umfang über die Preise auf die Kunden abgewälzt werden kann. Daher drängt sich (vor allem im Massengeschäft) eine Rationalisierung und Standardisierung des Programms auf[53]. Ziel dieser Standardisierung ist es, die Bankleistungen sowohl hinsichtlich der technisch-organisatorischen Abwicklung, als auch der Erklärungsbedürftigkeit problemlos zu gestalten[54].

Die Sortimentstiefe zeichnet sich demgegenüber durch die Variation, der innerhalb eines Bedarfsbereichs angebotenen Bedürfnisbefriedigungsmöglichkeiten aus. Durch eine Vertiefung des Sortiments können neue Kundengruppen erschlossen werden, wenn der Aufforderungscharakter der neuen Leistung für diese Gruppen grösser ist, als derjenige des bisherigen Sortiments. Es ist aber auch möglich, dass die Vertiefung des Sortiments nicht zu einer Ausweitung des Absatzes führt, weil die neuen Leistungen vornehmlich von bisherigen Kunden nachgefragt werden. In einem solchen Fall resultiert lediglich eine Marktaufsplitterung[55].

Die Gestaltung des Sortiments richtet sich nicht nur nach dem Markt, sondern auch nach innerbetrieblichen Gegebenheiten. So muss bei Leistungen, die keinen positiven Beitrag zum Betriebsergebnis liefern, überprüft werden, ob diese weitergeführt, abgeändert oder ersetzt werden sollen. Die Sortimentsgestaltung stellt mit-

51 Gutenberg E., a.a.O., S. 405.
52 Krug (S. 267) spricht in diesem Zusammenhang von qualitativer und quantitativer Sortimentspolitik.
53 Vgl. Feldbausch F., a.a.O., S. 297.
54 Vgl. Goedecke K., a.a.O., S. 73.
55 Gutenberg E., a.a.O., S. 402.

hin ein Optimierungsproblem dar. Während die komplexen und vielfältigen Kundenbedürfnisse einerseits nach einem möglichst breiten und tiefen Sortiment verlangen, muss dieses anderseits aus technisch-organisatorischen Gründen beschränkt werden. Allerdings dürfen auch Leistungen, die keinen Deckungsbeitrag erbringen, nicht ohne weiteres fallengelassen werden. Ihnen kann eine Zubringerfunktion für andere Geschäfte zukommen, sodass es gerechtfertigt ist, solche Leistungen nicht aus dem Sortiment auszuschliessen[56].

Das ausserordentlich vielfältige Sortiment der Schweizer Banken weist ziemlich einheitliche Züge auf. Das ist sowohl auf das Vorherrschen des Typus der Universalbank als auch auf die rasche Nachahmung neuer Leistungen durch die Konkurrenz zurückzuführen. In letzter Zeit haben sich die Sortimente bei allen Bankengruppen und in allen Marktsegmenten stark entwickelt. So wurde nicht nur in den angestammten Geschäftsbereichen eine zunehmende Fülle von Leistungsvarianten angeboten (z.B. alle Arten von Sparheften, Anlageheften, Depositenheften etc.), sondern auch vermehrt in die Domänen anderer Bankengruppen vorgestossen. Während sich die Handelsgrossbanken in zunehmendem Masse auch dem Inlandgeschäft zuwenden und sich mit Spareinlagen, Hypothekaranlagen etc. beschäftigen, intensivieren die Kantonalbanken ihre Anstrengungen im Bereich des kommerziellen Geschäfts. Zudem wurden eine Reihe von Leistungen zur Befriedigung neuer Bedürfnisse entwickelt[57] und die Diversifikationsanstrengungen soweit vorangetrieben, dass auch in bisher bankfremde Bereiche vorgestossen wurde (Reisebüro der Bank Leu, Versicherungsleistungen)[58].

2.3.2.2. Kundendienst

Unter Kundendienst sind "all diejenigen Leistungen zu verstehen, die nicht als Hauptleistungen, sondern als Nebenleistungen anzusehen sind, und deren Zweck speziell darauf gerichtet ist, die Hauptleistung zu fördern"[59]. Diese Leistungen sind durch ihren freiwilligen Charakter gekennzeichnet und müssen von den Absatzpartnern als etwas Besonderes empfunden werden. Wenn nämlich eine Massnahme als Teil einer Dienstleistung betrachtet wird, handelt es sich nicht mehr um einen "besonderen" Dienst am Kunden, sondern um ein Element der Produktgestaltung[60].

56 Vgl. Loos N., a.a.O., S. 74.

57 Als Beispiele seien der Euro-Cheque, der Bancomat und Postsparhefte im Massengeschäft, das Leasing, Factoring und neue Exportfinanzierungsmöglichkeiten im kommerziellen Geschäft erwähnt.

58 Es handelt sich hier um Beispiele horizontaler Diversifizierung.

59 Cramer J., Neue Dienstleistungen, S. 107; Duus weist zudem auf die soziale Komponente des Kundendienstes hin, also auf die Eignung, Kontakte zwischen Betrieb und Bedarfsträger herzustellen und ein Gefühl der Verbundenheit und Zufriedenheit zu wecken (S. 112).

60 Cramer J., Marketing, S. 54 ff.; Kaspar P., Probleme des Marketings im Bankbetrieb, in: Betriebswirtschaftliche Probleme des Bankbetriebs, Band 4 der Schriftenreihe "Bankwirtschaftliche Forschungen", Bern und Stuttgart 1971, S. 132 f.

In der Literatur werden vier Gruppen von Kundendienstleistungen unterschieden: Beratung und Information, Übernahme ergänzender Leistungen, Vermittlung von Geschäftsverbindungen und Erleichterung des Bankverkehrs für den Kunden[61]. Diese Leistungen werden entweder kostenlos oder zu Selbstkostenpreisen erbracht und können wesentlich dazu beitragen, dass ein Kaufentscheid zugunsten des diese Kundendienstmassnahmen einsetzenden Instituts ausfällt. Wohl grösste Bedeutung kommt der zuverlässigen und schnellen Information sowie der ausführlichen, freundlichen und zuverlässigen Beratung zu. Diese soll sich nicht nur auf bankspezifische Fragen erstrecken, sondern auch allgemeine finanzielle, wirtschaftliche und rechtliche Problemkreise umfassen. Als Massnahme des Kundendienstes ist die Festlegung der Schalteröffnungszeiten zu erwähnen: durch Öffnungszeiten, die in vermehrtem Masse die Bedürfnisse der Berufstätigen berücksichtigen, kann eine wesentliche Erleichterung des Verkehrs mit der Bank erreicht werden.

Dem Kundendienst kommt im Bankgewerbe grosse Bedeutung zu, da sich bei homogenen Gütern und ausgeglichenen Preisen der Wettbewerb auf das Gebiet der Zusatz- und Nebenleistungen verlagert. Diese Serviceleistungen gestatten den Banken, trotz der geringen Möglichkeiten der Leistungsgestaltung,die Angebotsqualität zu individualisieren und zu differenzieren[62]. Durch individuelle Beratung und Information, durch regelmässig erscheinende Bulletins, Studien etc. wird aber letztlich nicht nur der Aufforderungscharakter einer bestimmten Bankleistung erhöht, sondern das Institut als solches profiliert.

2.3.3. Preisgestaltung

2.3.3.1. *Die preispolitischen Instrumente der Banken*

Die Preispolitik stellt im Bankbetrieb nicht ein einheitliches homogenes Marketinginstrument dar. Die Bank hat, im Gegensatz zu andern Unternehmen, die lediglich ihre Angebotspreise verändern können, die Möglichkeit, durch die Wahl unterschiedlicher Preisbasen die Wirksamkeit der Preispolitik zu erhöhen. Die Preispolitik der Banken zerfällt also in die Auswahl geeigneter Bezugsbasen[63] aus den vorhandenen

61 Cramer J., Neue Dienstleistungen, S. 92.

62 Vgl. Lehmann H.A., a.a.O., S. 45.

63 Die Auswahl der Bezugsbasen erfolgt nach den Kriterien der Leistungsrepräsentanz, der Erfolgswirksamkeit und der Kontrollierbarkeit durch das Institut. Die Leistungsrepräsentanz ist ihrerseits von der Messfähigkeit der Leistungsattribute und der Relevanz der Leistungsmerkmale abhängig (Krug D., a.a.O., S. 176 ff.). Bei einem Kontokorrent-Kredit kämen als Preisbezugsbasen etwa (kumulativ) in Frage: die Zahl der Buchungen, der effektiv beanspruchte Kredit, die eingeräumte Kreditlimite. Bei einer Depotgebühr könnte auf die Anzahl verschiedener Titel und auf den Gesamtwert abgestellt werden. Vgl. dazu auch: Duus O., a.a.O., S. 128; Eisele D., Preisstellungsformen der Kreditinstitute, Grundfragen der Bankpreispolitik, Dissertation TU Berlin 1971, S. 56 ff.

Leistungsmerkmalen und in die Festlegung und Bemessung der Preiszähler[64]. Beide Bestimmungsgrössen sind in einem mehr oder weniger breiten Rahmen variierbar. Zu der Variation des Preiszählers und der Preisbezugsbasen tritt bei Sortimentsangeboten als weiteres preispolitisches Instrument die Auswahl preistragender und unentgeltlicher Leistungen[65].

2.3.3.2. Die Grenzen preispolitischer Manipulationen

Die Kenntnis der Preisuntergrenze der einzelnen Bankleistungen ist die notwendige Voraussetzung für den gezielten Einsatz der preispolitischen Instrumente und die erfolgreiche Durchführung von Preismanipulationen. Die Bankkostenrechnung wird aber mit Problemen konfrontiert, die eine Zurechnung der einzelnen Kosten auf die Bankleistungen erschweren und damit auch die Bereitstellung der Kostenverläufe (die zur Errechnung der Preisuntergrenzen notwendig sind) in Frage stellen. Die Schwierigkeiten rühren daher, dass sich Bankleistungen aus internen Teilleistungen des technisch-organisatorischen und des finanziellen Bereichs zusammensetzen und demzufolge zwischen Stück- und Wertkosten unterschieden werden muss[66].

Bis vor kurzer Zeit wurde die Zurechnung der Kosten auf die einzelnen Bankleistungen als unmöglich angesehen. KRÜMMEL sprach noch davon, dass es keine Preisuntergrenze für die einzelnen Bankleistungen, sondern lediglich eine Gesamterlös-Untergrenze gebe[67]. Neuere Beispiele zeigen jedoch, dass eine auf Kostenverursachung gründende Preispolitik weitgehend durchführbar ist[68].

Zur Zeit herrscht im Bankgewerbe jedoch noch eindeutig die *Mischkalkulation* vor, bei der ertragsschwache Sparten durch Gewinne aus ertragsstarken "subventioniert" werden. Die wenigsten Institute sind heute schon in der Lage, eine Preisfindung nach der individuellen Kostenverursachung vorzunehmen.

64 Der Preiszähler ist jener Faktor, der die Höhe des Preises je Zähleinheit der Preisbezugsbasis wiedergibt. Er kann in Währungseinheiten je Zahleinheit der Bezugsbasis oder relativ (in %) zur Bezugsgrösse zum Ausdruck kommen (vgl. Krug D., a.a.O., S. 183; Krümmel H.-J., a.a.O., S. 45).

65 Vgl. Krümmel H.-J., a.a.O., S. 121.

66 Vgl. Bräutigam J., Kostenfunktionen in Kreditinstituten, Eine Analyse der empirischen Kostenuntersuchungen im amerikanischen Bankwesen, Wiesbaden 1972, S. 33; Eisele D., a.a.O., S. 45 ff.; Duus O., a.a.O., S. 123; Grosse Schwierigkeiten ergeben sich aus der Zurechnung der Geldbeschaffungskosten auf die einzelnen Kredite. Die Theorie versucht dieses Problem durch die Bildung sogenannter Bilanzschichten zu lösen. Diese Zurechnung kann zwar zu einer näherungsweisen Lösung führen, wird aber immer mit einem gewissen Mass von Willkür behaftet sein. Dazu: Süchting J., Kalkulation und Preisbildung der Kreditinstitute, Frankfurt a.M. 1963, S. 140; Passardi A., Probleme der Kostenrechnung im Bankbetrieb, in: Die Unternehmung, Schweizerische Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1970, S. 252; Kritik bei Janberg H., Bankpreispolitik als bankwirtschaftliches Kalkulationsproblem, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 1966, S. 326.

67 Krümmel H.-J., a.a.O., S. 225.

68 Süchting J., a.a.O., S. 89 ff.; Passardi A., a.a.O., S. 249 ff.; Cramer J., Marketing, S. 40.

Die oligopolistische Interdependenz führt dazu, dass die einzelne Bank keine individuellen Preisänderungen vornehmen kann, da sie mit Reaktionen der Konkurrenten rechnen muss und Gefahr läuft, einen Preiskampf zu verursachen. Die durch die Marktstruktur bedingte Preisstarrheit bedeutet aber nicht völlige Gleichheit der Preise. Allerdings dürfte der reaktionsfreie Bereich wegen der weitgehenden Homogenität der Absatzleistungen recht eng sein[69]. Preisänderungen können risikolos nur im Rahmen eines Kartells, nach vorheriger Absprache mit den Konkurrenten oder durch Anpassung an einen Preisführer vorgenommen werden.

Schliesslich finden allfällige Preismanipulationen der Banken ihre Grenze in der Nachfragekurve ihrer potentiellen Absatzpartner: die Preiselastizität der Nachfrage entscheidet letztlich darüber, ob Preisänderungen zum gewünschten Erfolg führen. Die Kunden des Mengengeschäfts verhalten sich im allgemeinen relativ zinsunempfindlich, da sie nur über geringe Marktübersicht verfügen und andere Motive den Kaufentscheid in stärkerem Masse beeinflussen. Eine wesentlich elastischere Nachfragekurve weisen hingegen die vermögenden Privatkunden und die Unternehmungen auf, so dass Preisänderungen in diesem Geschäftsbereich, im Gegensatz zum Massengeschäft, durchaus nennenswerte Auswirkungen auf die nachgefragten Mengen haben können[70].

2.3.2.2. Besonderheiten der Preisfestsetzung

Die Banken wählen nicht nur effektive Bestandesgrössen als Preisbezugsbasen. In vielen Fällen wird vielmehr die Preisberechnung auf fingierte Bestände abgestellt, so dass *Preisverzerrungen* entstehen. Die Bestandesfiktion hat in der Regel zur Folge, dass der von der Bank für den Abrechnungszeitraum errechnete Erlös bei gleichem Preiszähler grösser (oder bei gleichem Erlös der Preiszähler niedriger) ist, als bei Verwendung effektiver Bestände[71]. Solche Preisverzerrungen können entstehen, wenn die Zinsnummern[72] abweichend von der tatsächlichen Inanspruchnahme zur Zinsberechnung herangezogen werden. Dies kann sowohl durch den Ansatz abweichender Kapitalbeträge als auch durch die Verwendung ungenauer Zeitdimensionen geschehen[73].

69 So können die Zinssätze, die von den Banken für Spargelder angeboten werden, in geringem Masse voneinander abweichen. Die Differenz beträgt allerdings kaum mehr als 1/4%.

70 Vgl. Duus O., a.a.O., S. 120 f.; Iseli E., a.a.O., S. 202 f.; Cramer J., Marketing, S. 37 f.; Kaspar P., a.a.O., S. 130.

71 Krümmel H.-J., a.a.O., S. 80.

72 Preisbezugsbasis als Kombination aus Kapital und Zeit also $K/100 \cdot t$.

73 So wird beispielsweise der Berechnung einer Kreditprovision eine zu hohe Preisbezugsbasis zugrunde gelegt, wenn auf die zugesagte Kreditlimite oder auf Höchstsollsalden abgestellt wird. Im zweiten Fall wird die Preisverzerrung umso gravierender ausfallen, je grösser die Differenz der Tagessalden zu den Durchschnittssalden ist. Ebenfalls zu einer Mehrbelastung und zu einer Preisverzerrung führt das Verfahren der Kompensationseinlagen, bei dem eine, von der Höhe des Kreditrahmens abhängige Reserve auf einem Guthabenkonto unterhalten

Ein weiteres bankwirtschaftliches Spezifikum ist die *Preisspaltung.* Die Banken stellen für die Inanspruchnahme einer bestimmten Leistung nicht einen Nettopreis, sondern einzelne Teilpreise, wie Zinse, Provisionen, Gebühren und Spesen in Rechnung. Eine solche Preisspaltung lässt den Preis der Bankleistungen optisch günstig erscheinen, da die Preiszähler der einzelnen Teilpreise niedrig gehalten werden können. Für den Kunden ergibt sich aber der Nachteil, dass die Marktübersicht erheblich eingeschränkt wird. Vor allem bankunerfahrene Kunden sind kaum mehr in der Lage, Preisvergleiche vorzunehmen, wodurch ihre Verhandlungsmacht geschwächt wird[74].

Gegenüber Kunden mit Verhandlungsmacht hat die Preisspaltung für die Bank einen gewichtigen Vorteil: Sie kann durch ein relativ geringes Entgegenkommen bei einigen Teilpreisen den Eindruck vermitteln, bei der Verkaufsverhandlung zu einem Nachgeben bereit zu sein; gleichzeitig kann sie die Erlöseinbusse in einem möglichst engen Rahmen halten[75].

2.3.3.4. Preisvereinbarungen

Bei oligopolistischen Marktverhältnissen kann kein Wettbewerber durch Preissenkungen seinen Marktanteil auf Kosten der andern vergrössern. Würde einer der Anbieter dies versuchen, müssten die Konkurrenten unverzüglich nachziehen, um ihren Marktanteil halten zu können. Das Resultat einer solchen Operation wäre schliesslich ein tieferer Marktpreis, eine engere Spanne zwischen Soll- und Habenzinsen und damit eine Verschlechterung der Gewinnsituation aller Anbieter, falls die Ertragseinbusse nicht durch eine Erhöhung der Absatzmenge kompensiert werden kann.

Um die latente Gefahr eines Preiskampfes zu vermindern, wurden im Bankgewerbe eine Reihe von Konventionen abgeschlossen. Ein Grossteil dieser Konventionen regelt die Preisgestaltung für die verschiedenen Bankleistungen. In ihrer Veröffentlichung über die Wettbewerbsverhältnisse im schweizerischen Bankgewerbe unterscheidet die Kartellkommission zwischen Zinskartellen und Gebührenkartellen, wobei unter den Gebühren alle Arten von Entschädigungen für Bankleistungen, die neben dem Zins bestehen, zusammengefasst werden[76].

Unter den Konventionen und Zirkularen der Schweizerischen Bankiervereinigung weisen die Konventionen IV, VI, IX und XI[77] den Charakter von Gebührenkartel-

werden muss. Zu einer Preisverzerrung über die Zeitkomponente führt die im Bankgewerbe übliche Nachvalutierung von Gutschriften. Vgl. dazu: Krümmel H.-J., a.a.O., S. 80 ff.; Eisele D., a.a.O., S. 204 ff. mit weiteren Beispielen fingierter Preisbezugsbasen.

74 Cramer J., Marketing, S. 37.

75 In der Literatur ist ein solches Vorgehen als "Prinzip der kleinen preispolitischen Mittel" bekannt. Vgl. Krümmel H.-J., a.a.O., S. 136; Krug D., a.a.O., S. 207; Duus O., a.a.O., S. 117 f.

76 Vgl. VKK 1968, S. 267.

77 *Konvention IV* betreffend einheitliche Berechnung der Gebühren für die Aufbewahrung und Verwaltung von Wertpapieren in offenen Depots; *Konvention VI* betreffend Baraus-

len auf, während die Konvention II betreffend Vergütung von Zinsen in Scheck- und Girorechnungen als Zinskartell eingestuft werden muss. Gebührenkartelle sind auch die Inkassotarife für Schecks und Wechsel, die den Banken als Zirkulare zugeleitet werden.

Neben den Konventionen und Zirkularen der Bankiervereinigung bestehen auf gesamtschweizerischer Ebene Vereinbarungen der Verbände und Syndikate, die sich ebenfalls mit der Preisbestimmung der Banken befassen[78]. Unter diesen Vereinbarungen ist die Courtagekonvention der Vereinigung Schweizerischer Effektenbörsen, die einheitliche Mindestcourtagesätze für den Wertschriften- und Börsenhandel festlegt, von überragender Bedeutung.

Wenn die fünf Grossbanken auch keine verbandsmässige Organisation besitzen, so bestehen zwischen ihnen doch regelmässige Kontakte, die dem Erfahrungsaustausch und der Erörterung gemeinsamer Fragen dienen. Neben diesen informellen Kontakten gibt es in einzelnen Bereichen eigentliche Kartellvereinbarungen, die unter anderem die Preisgestaltung betreffen[79].

Schliesslich befasst sich ein Grossteil der Konventionen der kantonalen Vereinigungen und der Platzverbände mit der Festsetzung der Preise für Bankleistungen. Auch hier sind sowohl Zinskartelle als auch Gebührenkartelle anzutreffen. Die Zinskartelle regeln im allgemeinen die Aktivzinssätze[80]. Eine Reihe von Konventionen beziehen jedoch auch die Passivzinssätze in ihre Regelung mit ein[81].

zahlungen ausserhalb des Reiseverkehrs und Leistungen im Reiseverkehr; *Konvention IX* betreffend Einlösungskommissionen auf Coupons und rückzahlbaren Titeln und deren Retrozession; *Konvention XI* betreffend Minimalbedingungen im Dokumentarakkreditiv-Geschäft.

78 Als Beispiele seien die Empfehlung des Kantonalbankenverbandes bezüglich des Gebührentarifs der kantonalen Depositenstellen für Aktieneinzahlungen sowie die Vereinbarung des Gemeinschaftssyndikats betreffend die Minimalguichetkommission bei kommissionsweiser Begebung von Anleihen erwähnt. Vgl. VKK 1968, S. 277 ff.

79 Vereinbarungen über Höchstsätze für Passivgelder in Schweizer Franken; Vereinbarung betreffend die Diskontierung von Konzernwechseln der schweizerischen Mineralölimporteure. Vgl. VKK 1968, S. 275 ff.

80 Konvention der Banken im Kanton Aargau über die Berechnung von Zinsen und Kommissionen im Bankgeschäft; Konvention der Basler Bankenvereinigung betreffend Zinsen und Gebühren; Konvention B des Verbandes Bernischer Banken betreffend die Anwendung der Zinssätze auf den Aktiven und die Berechnung von Kommissionen; Beschlüsse der GV des Revisionsverbandes Bernischer Banken und Sparkassen über einheitliche Zinsbedingungen für Geldeinlagen und erste Hypotheken; Konvention der Association des Banques du Canton de Fribourg über Zinsen und Gebühren; Konvention 2 des Groupement des Etablissments de Crédit de la Place de Genève betreffend Aktivzinse; Debitorenkonvention der Banken im Kanton Graubünden; Konvention über Zins- und Kreditkonditionen auf dem Platz Luzern; Vereinbarung der Associazione Bancaria Ticinese betreffend Minimalzinssätze im Aktivgeschäft; Bestimmungen des Debitorenkonveniums der Thurgauer Banken; Konvention der Vereinigung Solothurnischer Bankinstitute über die Berechnung von Zinsen und Kommissionen im Aktivgeschäft; Konvention des Zürcher Zinskonveniums über Zinssätze im Aktiv- und Passivgeschäft; Debitorenkonvenium der Bankenvereinigung St. Gallen; Konvenium I betreffend die Zinsbedingungen für laufende Debitorenrechnungen sowie betreffend die Gebührensätze für die Gewährung von Kautionen der Association Cantonale des Banques Neuchâteloises.

81 Konvention A des Verbandes Bernischer Banken betreffend die Anwendung der Zinssätze auf den Passiven; Konvention der Association des Banques du Canton de Fribourg über

Neben den Zins- und Gebührenkartellen bestehen auf den meisten Bankplätzen Wechselkurskartelle, die einheitliche Notenkurse festlegen. Sie zeichnen sich in den meisten Fällen dadurch aus, dass sie sowohl für die Angebots- als auch für die Nachfrageseite einheitliche Bedingungen, d.h. Höchstkurse für den Ankauf und Mindestkurse für den Verkauf fremder Noten festsetzen[82].

Durch die Zinskartelle werden im Aktivgeschäft Mindestzinssätze, im Passivgeschäft Maximalzinssätze festgelegt. Dadurch wird eine minimale Zinsspanne sichergestellt. Den Banken verbleibt die Möglichkeit, höhere Aktivsätze in Rechnung zu stellen und tiefere Passivsätze zu gewähren. Durch die Absprachen wird der Preiswettbewerb im Zinsgeschäft also nicht völlig unterbunden, sondern lediglich nach einer Seite eingeschränkt. Die Zinskartelle wollen verhindern, dass der Preiswettbewerb Formen annimmt, die zu einer zu starken Verengung der Zinsspanne führen und die Existenz der Banken gefährden könnten.

Das Gleiche gilt für die Gebührenkartelle. Auch hier werden Mindestsätze festgelegt, wobei den Banken die Möglichkeit bleibt, höhere Gebühren zu verlangen.

Die Möglichkeit einer aktiven Preispolitik wird auf den einzelnen Bankplätzen in unterschiedlichem Masse durch kartellistische Vereinbarungen eingeschränkt. So begnügt sich ein Teil der Platzverbände mit der Regelung der Aktivsätze, während andere auch die Passivsätze miteinbeziehen. Es ist jedoch kein Geheimnis, dass die Bankleiter auch auf Plätzen, auf denen keine die Passivzinssätze regelnde Vereinbarungen bestehen, einen ziemlich engen Kontakt pflegen und sich dabei auch über Änderungen der bestehenden Zinssätze im Bereich des Passivgeschäfts aussprechen. Die Gebührenkartelle umfassen auf den einzelnen Plätzen unterschiedliche Leistungen. Währenddem sich einige auf die Regelung einiger weniger Preise beschränken, greifen anderen in die Preisgestaltung eines grossen Teils des Sortiments ein.

Sollen Preiskartelle eine Wirkung entfalten, so müssen nicht nur die Preiszähler festgelegt, sondern auch die Preisbezugsbasen einer Regelung unterworfen werden. Die Bestimmung der relevanten Preisbezugsbasen ist das notwendige Korrelat zur Festsetzung des Preiszählers.

Aber selbst wenn Preisbezugsbasen festgelegt werden, bleiben die Preiskartelle, vor allem im Aktivgeschäft problematisch, da sie relativ leicht zu umgehen sind. So können die Mindestsätze auf der Aktivseite illusorisch werden, wenn den Kunden bei Nebengeschäften entsprechend entgegengekommen wird, oder wenn geringere Sicherheiten verlangt werden, als aufgrund einer objektiven Beurteilung nötig wären[83].

Zinsen und Gebühren; Konvention 1 des Groupement des Etablissements de Crédit de la Place de Genève betreffend Passivzinse; Konvention 4 betreffend Kreditorenrechnungen des Groupements des Banques Commerciales de Lausannes; Konvention über Zins- und Kreditkonditionen auf dem Platz Luzern; Konvention des Zürcher Zinskonveniums über Zinssätze im Aktiv- und Passivgeschäft; Konvention II betreffend die Zinsbedingungen für laufende Kreditorenrechnungen auf Sicht der Association Cantonale des Banques Neuchâteloise.

82 Als Beispiele seien die Notenkonvention des Verbandes Zürcherischer Kreditinstitute, die Vereinbarung betreffend den Handel mit fremden Noten der Vereinigung Solothurnischer Bankinstitute sowie die Notenkonvention für den Kanton Aargau erwähnt.

83 Vgl. Aust E., a.a.O., S. 167, 172; vgl auch Schuster L., Kollektivhandlungen der Banken aufgrund von Absprachen, WuR 1976, S. 195.

2.3.3.5. Preisführerschaft

Bei einer Preisführerschaft geht eine Unternehmung mit einer Preisänderung voran, während die restlichen Anbieter diese ganz oder teilweise nachahmen, also auf eine autonome Preisfestsetzung verzichten. Die Literatur unterscheidet zwischen dominierender und barometrischer Preisführerschaft[84]. Die Preisführerschaft stellt wie die Kooperation ein Mittel zur Verminderung der Unsicherheit im Oligopol dar. Zwar würde sich auf oligopolistischen Märkten auch ohne Preisführer ein einheitliches Preisniveau bilden. Bis sich jedoch die Preise auf dem neuen Niveau eingepegelt haben, entsteht eine Übergangszeit mit divergierenden Preisen, in der sich ein Preiskampf entwickeln könnte.

Im Schweizerischen Bankgewerbe kommt dem Zürcher Zinskonvenium die Funktion eines Preisführers zu, werden doch die vom Konvenium festgelegten Zinsbedingungen für das Aktiv- und Passivgeschäft von verschiedenen regionalen Bankverbänden übernommen oder zumindest in ihren Entscheidungen berücksichtigt[85]. Das Konvenium verdankt seine zentrale Stellung in preispolitischen Fragen der Bedeutung Zürichs als Finanzplatz sowie der Marktübersicht und Marktstellung seiner Mitglieder. Auch bei der Festsetzung des Privatdiskontsatzes kommt dem Zinskonvenium eine preisbestimmende Rolle zu. Die eigentliche Beschlussfassung über allfällige Zinsänderungen wird zwar im Rahmen des Verwaltungsrates der Schweizerischen Bankiervereinigung getroffen. Doch geht die Initiative jeweils vom Zinskonvenium aus, welches einen schriftlichen Antrag an die entscheidende Instanz stellt. Ein solches Vorgehen ist allerdings nicht obligatorisch, können doch auch andere lokale Bankvereinigungen derartige Anträge stellen[86].

Die Notenkonvention des Verbandes Zürcherischer Kreditinstitute verpflichtet die Mitglieder, im Verkehr mit in- und ausländischen Kunden im Ankauf höchstens und im Verkauf mindestens die auf dem Platze Zürich festgesetzten Wechselkurse anzuwenden[87]. Den von den fünf Grossbanken und der Zürcher Kantonalbank im

84 Vgl. Machlup F., a.a.O., S. 85; Gutenberg E., a.a.O., S. 328 ff.; Von *dominierender Preisführerschaft* wird dann gesprochen, wenn der Preisführer aufgrund seines hohen Marktanteils die preispolitische Situation so beherrscht, dass die übrigen Unternehmen sich seinen Preisen anschliessen müssen. Der Preis ist in diesem Fall für die restlichen Unternehmen eine feste Grösse, auf die sie keinen Einfluss ausüben können. Anders sieht die Situation bei der *barometrischen Preisführerschaft* aus. Hier erkennen die Unternehmen eine Preisführerschaft nur an, weil sie glauben, der Preisführer sei aufgrund seiner Marktübersicht am ehesten in der Lage, den für die ganze Gruppe günstigsten Preis zu finden.

85 Das Zürcher Zinskonvenium umfasst neben den fünf Schweizer Grossbanken die Zürcher Kantonalbank, die Handelsbank in Zürich, die Société Generale Alsacienne de Banque sowie die Lloyds Bank Europe Limited. Es verfügt weder über Statuten, noch über eine feste Organisation. Sein Mitgliederkreis ist formal nicht geschlossen.

86 Zirkular betreffend die Festsetzung des Privatdiskontsatzes.

87 Die Kursfestlegung erfolgt jeweils im Turnus durch zwei der genannten Institute aufgrund des Angebots und der Nachfrage am Geschäftsende des Vortages. Es werden jeweils unterschiedliche Konventionskurse für Detailgeschäfte (bis ca. Fr. 1000.–) und für grössere Geschäfte festgelegt.

Rahmen dieser Konvention festgelegten Notenkursen kommt nicht nur eine regionale, sondern eine für das schweizerische Bankwesen preisbestimmende Bedeutung zu, richten sich doch die Platzverbände weitgehend nach den in Zürich geltenden Kursen.

2.3.3.6. Preisdifferenzierungen

Eine Preisdifferenzierung liegt dann vor, wenn ein Anbieter gleiche Leistungen zu unterschiedlichen Preisen absetzt. Die Preisdifferenzierung geht von der Vorstellung aus, dass der Anbieter Absatzpartnern mit unterschiedlichen Präferenzen gegenübersteht, so dass der Gesamtmarkt in Teilmärkte mit voneinander abweichenden Nachfrageelastizitäten aufgespalten werden kann. Durch eine Preisdifferenzierung kann die Gesamtnachfragekurve, die sich aus den Nachfragekurven der Teilmärkte zusammensetzt, mehrmals geschnitten werden, was eine bessere Ausschöpfung des Marktpotentials bedeutet. Nach der Art, wie die Marktaufteilung vorgenommen wird, lassen sich verschiedene Formen von Preisdifferenzierungen unterscheiden. Eine zeitliche Preisdifferenzierung liegt vor, wenn zu unterschiedlichen Zeitpunkten für bestimmte Absatzleistungen unterschiedliche Preise verlangt werden. Demgegenüber spricht man von einer räumlichen Preisdifferenzierung dann, wenn der Absatzmarkt geographisch aufgegliedert wird. Räumliche und zeitliche Preisdifferenzierungen sind im Bankbetrieb nicht unbekannt.

Die *zeitliche Preisdifferenzierung* kann dazu eingesetzt werden, Absatzschwankungen auszugleichen. Durch preisliche Massnahmen kann versucht werden, auf das Verhalten der Nachfrager einzuwirken, um beispielsweise die Spitzenbelastungen zu Ultimo teilweise auszugleichen. Einem solchen zeitlichen Ausgleich der Belastung kommt im Bankbetrieb besondere Bedeutung zu, da die Nachfragespitzen nicht durch Lager ausgeglichen werden können, sondern durch eine entsprechende Dimensionierung der Kapazität bewältigt werden müssen[88].

Die *räumliche Preisdifferenzierung* setzt voraus, dass regionale Teilmärkte vorhanden sind, die so voneinander getrennt sind, dass sich die Nachfrage nicht vom teuren zum günstigeren Markt verlagern kann. Während in der Konsum- und Investitionsgüterindustrie durch Zölle und hohe Transportkosten verhindert wird, dass sich die Grenzen der Teilmärkte verwischen, unterbinden im Bankwesen räumliche und persönliche Präferenzen eine Verlagerung der Nachfrage. So wird beispielsweise ein Kunde, den ein persönliches Vertrauensverhältnis mit seiner Bank verbindet, zögern, nur aus Preisgründen die Bank zu wechseln. Dies besonders dann, wenn er zusätzlich einen längeren Anmarschweg in Kauf nehmen müsste.

Eine weitere Erscheinungsform der Preisdifferenzierung ist in der Preisdifferenzierung nach der *Verhandlungsmacht der Absatzpartner* zu sehen. Hier geht es den Banken nicht darum, durch Aufspaltung des Marktes in Teilmärkte Abweichungen

88 Vgl. Duus O., a.a.O., S. 125.

in den Elastizitätsverhältnissen der Absatzpartner zu einer Gewinnerhöhung auszunützen. Die Banken sind vielmehr bestrebt, sich durch eine flexible Preisgestaltung den divergierenden Machtverhältnissen anzupassen, um auf diesem Wege die Marktposition zu verstärken. Es handelt sich um eine wie KRUG sagt "bankspezifische Spezies der Preisdifferenzierung, bei der den Strukturunterschieden auf der Marktgegenseite Rechnung getragen wird"[89]. Den potenteren Kunden wird durch Vorzugskonditionen entgegengekommen oder es wird ihnen zu den Listenpreisen eine quantitativ grössere oder qualitativ bessere Leistung angeboten. Während Kunden mit Verhandlungsmacht in der Lage sind Preisnachlässe und Sonderleistungen zu erwirken[90], stehen verhandlungsschwache Kunden lediglich vor der Alternative, Leistungen zu den dem Publikum generell angebotenen Konditionen (Listenpreise auf standardisierten Leistungen) zu akzeptieren oder als Kunde auszuscheiden[91].

2.3.3.7. Rabatt und Gratisleistungen

In Industrie und Handel ist es üblich, den Abnehmern grösserer Mengen Rabatte zu gewähren[92]. Bei solchen Mengenrabatten handelt es sich um nichts anderes als um eine Preisdifferenzierung, bei der die Preise nach den abgesetzten Mengen gestaffelt werden, um den Kunden einen Anreiz zu geben, möglichst hohe Mengen nachzufragen. Im Kreditgeschäft der Banken können sich diese Rabatte allerdings nicht wie im Handels- und Industriebetrieb an den nachgefragten Mengen orientieren. Vielmehr müssen sie auf den Wert der nachgefragten Leistungen abstellen. Eine Preisdifferenzierung nach der abgesetzten Mengen findet man im Bankgewerbe beim An- und Verkauf fremder Noten, wo die Wechselkurse nach dem Wert der angebotenen oder nachgefragten Noten gestaffelt werden[93]. Unzulässig ist die Gewährung von Rabatten im Einlagengeschäft, verbietet doch die Bankiervereinigung Sondervergünstigungen über den üblichen Zins hinaus[94].

Im Bankgewerbe ist es üblich, gewisse Leistungen unentgeltlich abzugeben. Diese Gratisleistungen sind äusserst vielgestaltig. Sie können in Form von Beratung, aber auch in Form unentgeltlicher Informationen oder Zahlungsabwicklung

89 Krug D., a.a.O., S. 184.

90 Da betragsmässig hohe Einzelleistungen, bei relativ konstanten Manipulationskosten, wesentlich höhere Gewinnbeiträge bringen als wertmässig kleinere Leistungen, verfügt die Bank über einen relativ breiten Spielraum, um den Absatzpartnern mit grosser Verhandlungsmacht entgegenzukommen. Zu erwähnen bleibt schliesslich die im Bankgeschäft übliche *Preisdifferenzierung nach dem Risiko,* denn die Banken stellen Risikoprämien in Rechnung, deren Höhe von der Bonität des Kunden und der geleisteten Sicherheit abhängt.

91 Vgl. Krümmel H.-J., a.a.O., S. 233.

92 Neben den Mengenrabatten kennt die Industriebetriebslehre Funktionsrabatte, die den Handelsstufen gewährt werden, Treuerabatte, Einführungsrabatte und Verbraucherrabatte. Vgl. Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Marketing, S. 263 f.; Weinhold H., Marketing, S. 103 f.

93 VKK 1968, S. 304.

94 Art. 3 lit. d der Richtlinien über die Konkurrenzierung der Banken unter sich.

bestehen. KRUG weist darauf hin, dass die Motivation zur Gewährung von Gratisleistungen äusserst vielfältig ist und von "unrentierlicher Gemeinnützigkeit" bis zu "Gewinn- bzw. Marktanteilserhöhung" reicht[95].

Die in der Natur der Bankgeschäfte liegende Tendenz zur Leistungskoppelung macht deutlich, wie gut sich unentgeltliche Leistungen als Anreiz zur Beanspruchung weiterer Leistungen eignen. Wird auf die Berechnung eines speziellen Entgelts für eine Komponente des nachgefragten Leistungsbündels verzichtet, so steigt die Attraktivität der übrigen Leistungen. Die dem Bedürfniskranz entsprechenden Leistungen können zu einem tieferen Gesamtpreis beansprucht werden, wodurch finanzielle Mittel zur Befriedigung weiterer Bedürfnisse frei werden. Unentgeltliche Leistungen werden oft in der Absicht genährt, bisher dem Bankverkehr fernstehende Schichten an die Bankschalter heranzuführen, sie mit den Bequemlichkeiten, die eine Bankverbindung bieten kann, vertraut zu machen, um so auf längere Sicht die Gesamtleistungsabnahme zu erhöhen. Diese unentgeltlichen Leistungen können mit den im Handel üblichen Probemustern verglichen werden. KRÜMMEL spricht in diesem Zusammenhang von einem totalen Einführungsrabatt[96].

Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die geringe Anschaulichkeit der Bankleistungen sowie die Zurückhaltung der Kunden gegenüber Novitäten dazu führt, dass die Periode, in der die Banken solche Leistungen erbringen, viel länger ist als in andern Wirtschaftszweigen. Wird eine Leistung jedoch über einen längeren Zeitraum unentgeltlich abgegeben, so wird es schwierig, solche inzwischen eingebürgerte Vergünstigungen wieder aufzuheben. Ein Widerruf kann eine stark ins Gewicht fallende Prestigeeinbusse zur Folge haben. Das führt dazu, dass die Banken oftmals Gratisleistungen, die als zeitlich limitierte Sonderleistungen gedacht waren, unter dem Wettbewerbsdruck beibehalten müssen.

2.3.4. Marktbearbeitung

2.3.4.1. Werbung

Ein weiteres Instrument, das den Banken zur Marktbeeinflussung zur Verfügung steht und das im Laufe des letzten Jahrzehnts stark an Bedeutung gewonnen hat, ist die Werbung. Die Werbung bezweckt, durch den gezielten Einsatz unpersönlicher Kommunikationsmittel die Einstellung der Absatzpartner zum Angebot der werbenden Bank zu beeinflussen. WEINHOLD umschreibt die Werbung in Anlehnung

95 Krug D., a.a.O., S. 202.

96 Krümmel H.-J., a.a.O., S. 128 f.; Wie weit sich diese Gratisleistungen allerdings mit dem Zugabeverbot der Bankiervereinigung in Einklang bringen lassen ist fraglich. Ausdrücklich verboten ist *eine* Gratisleistung, nämlich die Übernahme der Versicherungsprämie durch die Bank bei der Abgabe von Sparheften, die mit Versicherungsleistungen gekoppelt sind (Art. 3 Lit. d der Richtlinien über die Konkurrenzierung der Banken unter sich).

an LISOWSKY als jenen zwischenmenschlichen Prozess, mit welchem die Absatzpartner im Gefühl freier Entschliessung beeinflusst werden sollen, damit sie geistige Inhalte, welche für den Werber günstig sind, in sich lebendig werden lassen[97]. Die Werbung der Banken kann als Produkt- oder als Firmenwerbung in Erscheinung treten. Während die *Produktwerbung* den Absatzpartner über eine bestimmte Leistung oder Leistungsgruppe informiert und ihn zu ihrer Inanspruchnahme zu motivieren sucht, ist es das Ziel der *Firmenwerbung,* bei vorhandenen und potentiellen Kunden ein möglichst positives Bild der Bank zu vermitteln. Zwischen Produktwerbung und Firmenwerbung besteht eine wechselseitige Beziehung. Die Imagewerbung bereitet den Boden für die Produktwerbung vor und unterstützt diese. Denn für das breitgefächerte, homogene Sortiment der Kreditinstitute kann wirkungsvoller geworben werden, wenn die werbende Bank bekannt ist und wenn mit ihr positive Vorstellungen wie Vertrauenswürdigkeit und Leistungsfähigkeit verbunden werden[98] [99]. Auf der andern Seite wird die Produktwerbung ihrerseits stets zum Image des Unternehmens beitragen. Dies, weil die mit dem Produkt verbundenen Vorstellungen in das Bild einfliessen, das sich der Verbraucher vom Anbieter selbst macht.

Um Erfolg zu haben, muss die Bankwerbung planmässig betrieben werden. Eine zielgerichtete[100], planmässige Werbung setzt voraus, dass ausgehend von den Werbezielen festgelegt wird, für welche Werbeobjekte[101] geworben werden soll, welche Zielgruppen[102] mit welchen Werbeargumenten und -appellen angesprochen und welche Werbemittel wann und in welchem Umfang eingesetzt werden sollen.

a) Werbemittel

Um die Werbebotschaft an den Werbeempfänger herantragen zu können, benötigt der Werbetreibende Werbemedien, d.h. Instrumente der Informationsübertragung, die ihm in der Form von Werbemitteln und Werbeträgern zur Verfügung stehen. Die Werbeträger stellen das technische Hilfsmittel, den Informationskanal, dar (Zeitung, Fernsehen etc.); die Werbemittel sind die sinnlich wahrnehmbare Erscheinungsform der Werbebotschaft (also z.B. das Inserat oder der Werbespot). KROPFF bezeichnet

97 Weinhold H., Marketing, S. 114.

98 von Stein J.H., Werbung, in: Handbuch der Bankenwerbung, Frankfurt a.M. 1972, S. 88; Zum Begriff und zur Bedeutung des Images: Kühl H., a.a.O., S. 141 ff.; Spiegel B., a.a.O., S. 36.

99 Im Gegensatz zu reinen Public Relationsmassnahmen ist die Imagewerbung (wie die Produktwerbung) direkt auf den Leistungsabsatz ausgerichtet.

100 Die Werbeziele leiten sich aus den Marketingzielen ab. Sie können jedoch nicht in ökonomischen Sollwerten (Umsatz, Deckungsbeitrag) ausgedrückt werden, da auch die andern absatzpolitischen Instrumente zur Erreichung dieser Ziele beitragen. Vielmehr sind die Werbeziele entsprechend den Teilstufen der Werbewirkung zu definieren. Vgl. Hill W., Band 2, S. 152 ff.; Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Marketing, S. 337 f.

101 Dazu: von Stein J.H., a.a.O., S. 88 ff.

102 von Stein J.H., a.a.O., S. 95 ff.

die Werbemittel als verschiedene, zu einer Einheit zusammengefasste Elemente, die sich als Reize an die Sinne wenden[103]. Grundsätzlich können die meisten der zahlreichen und vielgestaltigen Werbemittel auch in der Bankwerbung Anwendung finden[104]. Nicht jedes Werbemittel eignet sich jedoch in gleichem Masse für bestimmte Werbemassnahmen. Während einzelne eher für die Einzel- und Gruppenwerbung taugen, liegt der typische Einsatzbereich anderer in der Massenwerbung[105].

Die Werbemittel und Werbeträger sind so auszuwählen und einzusetzen, dass ein möglichst geringer Streuverlust entsteht und die Zielgruppen mit minimalem Kostenaufwand erreicht werden können[106]. In der Regel müssen mehrere Werbemittel und Werbeträger eingesetzt werden, um eine optimale Wirkung zu entfalten. Beim Einsatz verschiedener Werbemittel ist es für den Erfolg einer Aktion von entscheidender Bedeutung, dass die wirkungsvollste Medienkombination ausgewählt wird und die Werbemittel aufeinander abgestimmt werden[107]. Die Auswahl und Kombination der Werbemittel ist abhängig von den Werbezielen, vom Werbeobjekt, von den Gewohnheiten des Zielpublikums, aber auch von der Verfügbarkeit der entsprechenden Werbeträger. Schliesslich spielen die Kontaktkosten eine wesentliche Rolle.

Den Banken stehen nicht alle Werbemittel für ihre Werbeaktionen zur Verfügung, haben sich doch die meisten Institute gegenüber der Bankiervereinigung verpflichtet, weder im schweizerischen noch im ausländischen Fernsehen Werbung zu betreiben[108]. Das Übereinkommen stellt ein Kosteneinsparungskartell dar. Durch den Verzicht auf die Fernsehwerbung sollen die damit verbundenen hohen Kosten eingespart werden[109].

103 Kropff H.F.J., Die Werbemittel und ihre psychologische, künstlerische und technische Gestaltung, Essen 1953, S. 15.

104 Detaillierte Zusammenstellungen der Werbemittel finden sich bei Gutenberg E., a.a.O., S. 422 f.; Seyffert R., Werbelehre, Theorie und Praxis der Werbung, erster und zweiter Band, Stuttgart 1966, S. 810 ff.; Hill W., Band 2, S. 159. Beschreibungen der Werbemittel, die sich in besonderem Masse für die Werbung der Banken eigenen, finden sich bei Frick B., Werbung und Bankengewerbe, Berner Dissertation, Thayngen 1957, S. 85, und Spoo D., Bankenwerbung, Wiesbaden 1969, S. 91 ff.

105 Vgl. dazu: Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Marketing, S. 335; von Stein J.H., a.a.O., S. 99 ff.; Gutenberg E., a.a.O., S. 449 ff.

106 Vgl. zum Werbemitteleinsatz die Spezialliteratur: Seyffert R., a.a.O., S. 538 ff.; Spoo D., a.a.O., S. 91 ff.; Zum zeitlichen Einsatz der Werbung: Hörschgen H., Der zeitliche Einsatz der Werbung, Bestimmungsfaktoren des Timing in der Absatzwerbung, Stuttgart 1967; Feldbausch F., a.a.O., S. 348 ff.

107 Vgl. Spoo S., a.a.O., S. 132 f.; Gutenberg (S. 425) spricht von Verkettung der Werbemittel; Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H. (S. 346) nennen als Auswahlkriterien für die Werbeträger die Reichweite und die Nutzungsgewohnheiten der Umworbenen.

108 Zirkular Nr. 172 D der Bankiervereinigung betreffend die Werbetätigkeit im Fernsehen vom 12. Mai 1965; vgl. auch Zirkular Nr. 5503 vom 21. Januar 1975 (Bankenpublizität): Beschränkung der Eintragungen in das "Grüne Buch" (Telephonbuch); Zirkular Nr. 4767 vom 2. Mai 1972: Verzicht auf Angabe der finanzierenden Bank auf den Reklametafeln bei Bauten; Zirkular Nr. 316 D vom 5. Dezember 1975: Durchführung von Orientierungsveranstaltungen (Kontaktaufnahme mit den Konkurrenten); Zirkular Nr. 3689 vom 27. September 1967 (Bankenpublizität): Verzicht auf Inserate in Sonderausgaben von Zeitungen und Zeitschriften.

109 Die an diesem Abkommen beteiligten Banken gehen von der Ansicht aus, dass die Werbewirkung bei gleichzeitiger Benützung dieses Werbemittels durch eine Mehrzahl von Insti-

In einzelnen regionalen Konventionen wird der freie Zugang zu den Werbemitteln und Werbeträgern weiteren Beschränkungen unterworfen. So haben sich in der Vereinbarung betreffend gemeinsamer Werbung der Association des Banques du Canton de Fribourg die Verbandsmitglieder verpflichtet, in Broschüren, Programmheften usw. die für festliche Anlässe, Jubiläen und Kundgebungen gedruckt werden, keine individuelle Werbung zu betreiben. Es ist allerdings zu beachten, dass diese Werbeträger in den meisten Fällen nicht aus werbepolitischen Überlegungen benutzt, sondern aus reiner Gefälligkeit eingesetzt werden. Deshalb kann bei diesen Werbeträgern kaum je von einem gezielten Einsatz der Werbemittel gesprochen werden. Einige Institute gehen sogar so weit, die Kosten einer solchen Aktion nicht dem Werbebudget, sondern einem für Vergabungen vorgesehenen Konto zu belasten. Die durch dieses Kartell bewirkte Beschränkung des Marketingentscheidungsspielraums dürfte also nicht allzu schwer wiegen.

Einschneidender sind die Bestimmungen der Convenzione B der Associazione Bancaria Ticinese, in welcher den Mitgliedern untersagt wird, individuelle Inseratwerbung zu betreiben. Eine solche Regelung schränkt die Werbung empfindlich ein, wird doch eines der bedeutendsten Werbemittel, welchem in den meisten Werbeaktionen eine zentrale Stellung zukommt, aus dem Arsenal der betroffenen Banken gestrichen.

b) Der Inhalt der Bankwerbung

Neben der Bestimmung des Zielpublikums, der Auswahl der Werbemittel und Werbeträger und der Festlegung der Werbefrequenz, hängt der Erfolg werblicher Aktionen in starkem Masse von der Gestaltung der Werbemittel ab[110]. Die Werbung der Banken wird durch die abstrakte Form der Bankleistungen erschwert. Im Gegensatz zu der Konsum- und Investitionsgüterwerbung können die Bankleistungen nicht bildlich dargestellt werden. Die Werbung muss deshalb auf die ursprünglichen Bedürfnisse, die mit Hilfe der Bankleistungen befriedigt werden sollen, abstellen und den Produktnutzen in den Vordergrund stellen[111].

Da ein Bedürfniskomplex nie aus rein rationalen, rechnerischen oder aus rein emotionalen Bedürfnissen besteht, werden die Werbebotschaften der Banken in der Regel sowohl sachliche Werbeargumente, die rationale Motive ansprechen, wie auch

tuten weitgehend neutralisiert würde. Diese Gefahr besteht in der Tat; sie ist aber beim Einsatz der übrigen Werbemittel kaum geringer. Es ist gerade die zentrale Aufgabe der Werbegestaltung, durch die Auswahl geeigneter Werbeappelle und -argumente Werbebotschaften zu schaffen, die trotz neutralisierender Einflüsse vom Werbedestinatar wahrgenommen werden und ihre Wirkung entfalten können.

110 Die Werbemittelgestaltung kann unterteilt werden, in die inhaltliche Gestaltung, bei der es darum geht, eine leicht verständliche und treffende Werbeaussage zu formulieren, und in die formale Gestaltung, der Aufbau und Zusammensetzung des Werbemittels obliegt. Vgl. von Stein J.H., a.a.O., S. 106; Kropff H.F.J., a.a.O. S. 55 ff.

111 Vgl. Duus O., a.a.O., S. 151.

Werbeappelle, die sich an das Gefühl der Umworbenen richten, enthalten müssen[112]. Den Werbeappellen dürfte vor allem in der Werbung für das Mengengeschäft eine dominierende Stellung zukommen, da sich diese Zielgruppe in starkem Masse von irrationalen Antrieben leiten lässt. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass bei diesem Marktsegment auch der informativen Werbung eine grosse Bedeutung zukommt. Dies vor allem deshalb, weil die einzelnen Bankleistungen einerseits einen hohen Grad an Erklärungsbedürftigkeit aufweisen; und weil andererseits die potentiellen Kunden zu einem grossen Teil nur ungenügend über die Bankleistungen und das Bankwesen Bescheid wissen.

Im Gegensatz zum Konsumenten werden beim Unternehmer in vermehrtem Masse rationale, wirtschaftliche Bedürfnisse mit verstandesmässigen, eher rechenhaften Erlebniskomponenten im Vordergrund stehen. Die Befriedigung dieser Bedürfnisse wird vornehmlich von objektiven Nutzenerwägungen bestimmt, so dass Leistung, Qualität und Konditionen die Werbung dominieren. Irrationalen Einflüssen dürfte schon deshalb eine geringe Bedeutung zukommen, weil vielfach eine Mehrzahl von Personen mit entsprechenden Fachkenntnissen am Entscheidungsprozess beteiligt sind. Allerdings ist nicht völlig auszuschliessen, dass trotz des Vorherrschens rationalen Handelns auch irrationale Faktoren den Entscheidungsprozess beeinflussen. Gerade bei der Bewertung von Unsicherheiten und bei der Berücksichtigung von nicht quantifizierbaren Momenten können emotionelle Einflüsse an Bedeutung gewinnen, so dass Werbeappelle auch gegenüber der kommerziellen Kundschaft durchaus sinnvoll sein können.

Um eine Werbemassnahme für den Umworbenen auch bei flüchtiger Einwirkung als einheitliche Ganzheit erkennbar werden zu lassen, verlangt die Gestaltung der Werbung nach wiederkehrenden Elementen, die diese Zuordnung erleichtern. Solchen Werbekonstanten kommt die Aufgabe zu, die einzelnen Werbeanstrengungen zu harmonisieren. Sie sollen den einheitlichen Charakter der Massnahmen zum Ausdruck bringen, die Erinnerungswirkung steigern und die Zuordnung der angebotenen Leistung ermöglichen. Die Werbekonstanten sollen zudem den Lerneffekt erhöhen.

Als Werbekonstante eignen sich Firmenzeichen, Marken, einprägsame Slogans, aber auch eine einheitliche Farbgebung. In letzter Zeit sind die Banken dazu übergegangen, nicht nur Firmenmarken in ihrer Werbung zu verwenden, sondern auch neue Dienstleistungen mit einprägsamen und prägnanten Markenzeichen zu versehen[113]. Das Markenzeichen erlaubt, eine Leistung zu kennzeichnen, um sie von gleichen oder ähnlichen Leistungen unterscheidbar zu machen[114]. Der Marke kommt aber nicht nur die Funktion zu, verschiedene Leistungen zu individualisieren; vielmehr kann sie auch zur Verbesserung oder Änderung des Images eines Produktes beitragen. Insbesondere bei gleichen oder ähnlichen Leistungen kann die

112 Vgl. Lisowsky P.U., a.a.O., S. 31.
113 "Tele-Kredit" der Bank Rohner; "Computer-Kredit" der AKO Bank; stilisierter Tell-Kopf mit Schweizerkreuz für die "Swiss Bankers Travellers Cheques".
114 Zum Begriff der Marke: Schluep W.R., Markenrecht, S. 2 ff.

Marke eine Produktdifferenzierung bewirken, kann sie doch zu einem neuen Erleben des Produktes beitragen und so zu einem Teil der Produktgestaltung werden[115].

Je weniger ein Kunde Zugang zu den tatsächlichen Qualitäten einer Leistung oder einer Unternehmung hat, desto stärker hängt das Image von gefühlsmässigen Momenten ab und umso grössere Bedeutung kommt peripheren Faktoren zu, die keinen unmittelbaren Zusammenhang zur eigentlichen Leistung haben[116]. Die fehlende Beurteilungsfähigkeit der Bankleistungen, weitgehend homogene Sortimente und eine unzureichende Markttransparenz führen dazu, dass das Image der Banken stark von solchen peripheren Faktoren abhängt. Aber selbst wenn die objektiven Beschaffenheiten den Kunden vertraut sind und das Image mitbeeinflussen, kommt emotional begründeten Vorstellungen bei der Entstehung eines Vorstellungsbildes grosse Bedeutung zu.

2.3.4.2. Public Relations

Im Gegensatz zur Werbung sind die Public Relations nicht auf den Absatz von Bankleistungen und auf die Gewinnung neuer Kunden ausgerichtet. Sie zielen vielmehr darauf ab, durch die Verbreitung von Informationen bei der Öffentlichkeit um Vertrauen zu werben und goodwill zu schaffen[117]. Durch Public Relations-Massnahmen soll langfristig in der breiten Öffentlichkeit eine positive Einstellung zu einem einzelnen Institut oder zum gesamten Wirtschaftszweig geschaffen werden. Träger der Öffentlichkeitsarbeit sind im schweizerischen Bankgewerbe (neben den einzelnen Instituten) die Verbände der einzelnen Bankengruppen, die Platzvereinigungen und die Schweizerische Bankiervereinigung.

Public Relations-Massnahmen sind ein geeignetes Mittel, Vorurteile gegen einzelne Institute oder gegen das ganze Banksystem abzubauen und falsche Vorstellungen über die Stellung und Funktion der Banken in der Volkswirtschaft zu beseitigen[118]. Durch Information über die Geschäftspolitik, Ziele, Ansichten usw. können die Kreditinstitute aus der Anonymität heraustreten und ein Vertrauenspotential aufbauen. Dieses Vertrauen des Publikums ist im Bankgeschäft von besonderer Bedeutung, weil zwischen Bankbetrieb und Kunde eine längerfristige, engere und viel persönlichere Bindung besteht als in der Konsumgüterindustrie.

Die Public Relations wenden sich grundsätzlich an die gesamte Öffentlichkeit. Damit jedoch die einzelnen Massnahmen gezielt eingesetzt werden können, werden gemeinhin Zielgruppen (Kunden, potentielle Kunden, Aktionäre, Mitarbeiter, öffent-

115 Vgl. Schluep W.R., Markenrecht, S. 103.
116 Kühl H., a.a.O., S. 145 ff.
117 Vgl. dazu Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Marketing, S. 379 f.; Floss E., Die Öffentlichkeitsarbeit der Kreditinstitute, in: Floss E. und Muthesius P. (Hrsg.), Handbuch der Bankwerbung, Frankfurt a.M. 1972, S. 337; Feldbausch F., a.a.O., S. 340 f.
118 Ein gutes Beispiel für eine Public Relations-Massnahme ist die in Tageszeitungen erscheinende Wirtschaftsseite "SBG teilt mit".

liche Institutionen, Presse) unterschieden. Zielgerichtete Public Relations fordern spezifische Mittel, die sich von den Werbemitteln unterscheiden: Presseerklärungen, Pressekonferenzen, Geschäftsberichte, Betriebsbesichtigungen etc.[119]. Wenn die Public Relations-Massnahmen auch nicht auf eine Förderung des Absatzes abzielen, so kommt ihnen doch eine gewisse akquisitorische Wirkung zu, indem sie das Unternehmen und seine Tätigkeit der Öffentlichung präsentieren und diese für Werbebotschaften empfänglicher macht.

2.3.4.3. Der persönliche Verkauf

Der persönliche Verkauf nimmt im Rahmen der Kommunikation eine dominierende Stellung ein. Denn vor allem beim Absatz erklärungsbedürftiger Leistungen kann durch mündliche Empfehlungen und Beratung ein wesentlich grösserer Erfolg erzielt werden als durch unpersönliche Werbung. Während der Werbung eher die Aufgabe zukommt, das Verkaufsgespräch vorzubereiten und den Absatzpartner zu einer Kontaktaufnahme mit dem Kreditinstitut zu veranlassen, zielt das Verkaufsgespräch direkt auf einen Vertragsabschluss ab. Im Gegensatz zur Werbung kann das Verkaufsgespräch auf die individuellen Bedürfnisse und Wünsche des Partners ausgerichtet werden. In der Form des Dialogs können auftretende Fragen sofort gelöst und Schwierigkeiten beseitigt werden. Der Absatzpartner kann zudem umfassender über die einzelnen Absatzleistungen informiert werden, als dies durch die unpersönliche Werbung möglich wäre. Besondere Bedeutung kommt dem Verkaufsgespräch zu, wenn die Absatzbeziehungen (wie im Bankgewerbe) langfristig angelegt sind und wenn das Vertrauensmotiv kaufentscheidend ist[120].

Je nachdem, ob die Initiative zum Verkaufsgespräch von der Bank oder vom Absatzpartner ausgeht, kann von aktivem oder passivem Verkaufen gesprochen werden[121]. Das Marketing-Konzept verlangt vom Verkauf, dass vermehrt vom passiven Verhalten zu aktivem Handeln übergegangen wird. Eine aktive Verkaufstätigkeit muss sich nicht unbedingt auf eine Aussendienstorganisation abstützen. Sie kann vielmehr auch in den Geschäftsräumen der Bank entfaltet werden, indem der Absatzpartner auf ergänzende Leistungen aufmerksam gemacht und zu Anschlusskäufen veranlasst wird, so dass schliesslich anstelle von Einzelleistungen umfassende Problemlösungen nachgefragt werden. Endlich erlaubt das Telephon aktives Verkaufen, ohne dass eine Aussendienstorganisation eingesetzt würde und ohne dass sich der Kunde zur Bankstelle bemühen muss.

119 Eine ausführliche Darstellung der Public Relations-Mittel, gegliedert nach Zielgruppen, vermittelt Helbling A., Public Relations Handbuch, St. Gallen 1964, S. 20 ff.; vgl. dazu auch: Goedecke K., a.a.O., S. 101 ff.; Cramer J., Marketing, S. 63 ff.

120 Vgl. Duus O., a.a.O., S. 166.

121 Goedecke K., a.a.O., S. 90 ff.

2.3.4.4. Verkaufsförderung

Die Verkaufsförderung oder "sales promotion" ist ein Hilfsmittel, welches die eigentliche, d.h. die persönliche Verkaufstätigkeit unterstützt. Sie soll einen temporären Marketingdruck erzeugen, der dazu bestimmt ist, die Distribution der Leistungen zu verbessern und die Nachfrage zu erhöhen[122]. Die Verkaufsförderung umfasst sämtliche Instrumente, die geeignet sind, den Verkaufsprozess so wirksam wie möglich zu gestalten und die dem eigenen Verkauf ausschliesslich zur Verfügung stehen[123]. Da im Bankgewerbe der direkte Absatz an die Verbraucher im Vordergrund steht, kommt der Verkaufsförderung weniger die Aufgabe einer Steuerung und Unterstützung der Absatzmittler als vielmehr die Funktion einer Ergänzung der Verkaufs- und Werbeanstrengungen zu[124].

Die Verkaufsförderung umfasst einmal Aktionen, die den potentiellen Kunden veranlassen sollen, mit dem Kreditinstitut Kontakt aufzunehmen. In diesem Zusammenhang können Zugabeaktionen, Werbegeschenke, Gutscheinaktionen und Preisausschreiben genannt werden. Am Verkaufspunkt selbst soll nicht nur durch eine geeignete Gestaltung der Geschäftsräumlichkeiten eine für den Kunden möglichst angenehme und vertraute Atmosphäre geschaffen werden, sondern durch Hilfsmittel, wie Werbeaufsteller, Prospektständer etc. versucht werden, die Werbeimpulse zu verstärken und einen Geschäftsabschluss herbeizuführen. Zudem kann durch diese Hilfsmittel auf weitere Bankleistungen aufmerksam gemacht werden. Ebenfalls zur Verkaufsförderung gehören die den Verkaufspersonen zur Verfügung gestellten Hilfsmittel, wie Verkaufsunterlagen und Argumentationskataloge, die zur Verdeutlichung und Ergänzung des Verkaufsgesprächs eingesetzt werden. Diese Unterlagen sind besonders bei erklärungsbedürftigen Leistungen von Nutzen, reicht doch oft die Redegewandtheit und das Auftreten des Verkäufers nicht aus, um den Kunden zu überzeugen und das Geschäft zum Abschluss zu bringen.

Um einen temporären Marketingdruck zu schaffen und potentielle und bisherige Kunden zu einem Besuch der Bank und zur Inanspruchnahme von Bankleistungen zu veranlassen, werden (vor allem von amerikanischen Banken) *Prämien* in Aussicht gestellt[125]. Solche Prämien können in Sach- oder in Geldleistungen bestehen. Es lassen sich kontinuierlich ausgerichtete und Einmalprämien unterscheiden. Kontinuierliche Prämien werden in erster Linie im Zusammenhang mit der Spareinlagenwerbung eingesetzt. Sie sind darauf ausgerichtet, den Absatzpartner zu einem Besuch der Bank zu veranlassen, wo er von Kundenberatern auf weitere Dienstleistungen angesprochen werden kann. Einmalige Prämien sind an höhere Mindesteinzah-

122 Pflaum D./Kunze G.F., Moderne Verkaufsförderung, München 1973, S. 14; Nieschlag R./Dichtl E./Hörschgen H., Marketing, S. 374.

123 Weinhold H., Absatzführung, S. 29.

124 Vgl. Pflaum D./Kunze G.F., a.a.O., S. 46 ff.; Goedecke K., a.a.O., S. 95; Duus O., a.a.O., S. 162; Erwand P.J., Verkaufsförderung, in: Floss E./Muthesius P. (Hrsg.), Handbuch der Bankenwerbung, Frankfurt a.M. 1972, S. 150 ff.

125 Dazu: Customer Premiums, How to use them as a bank marketing tool, Veröffentlichung der American Bankers Association, New York 1969.

lungen geknüpft und zielen darauf ab, einen schnellen Aufbau der Einlagen und eine rasche Gewinnung neuer Kunden (vor allem bei der Eröffnung neuer Niederlassungen) zu erreichen[126].

Allerdings erklären die Konkurrenzierungsrichtlinien der Bankiervereinigung Zugaben an Nichtkunden generell für unzulässig, während sich die Zugaben an Kunden im Rahmen blosser Erinnerungsgeschenke zu halten haben (Art. 3 lit. a und b). Gestattet sind lediglich Ersteinlagen für Neugeborene auf Spar-, Depositen- und Einlagehefte bis zum Höchstbetrag von 20 Franken sowie die Ausrichtung von Preisen an Gewinner von Wettbewerben. Die Bankiervereinigung wendet sich auch gegen die Ausrichtung von Prämien für die Werbung neuer Kunden. In Art. 4 der genannten Richtlinien werden Rückvergütungen, Provisionen, Geschenke und andere Vergünstigungen an Dritte für die Vermittlung von Geschäften schlechthin als unzulässig erklärt, wenn diese Drittpersonen nicht in einem direkten Vertragsverhältnis zur betreffenden Bank stehen.

2.3.5. Distribution

Unter dem Titel der Distribution sollen diejenigen absatzpolitischen Massnahmen dargestellt werden, die darauf ausgerichtet sind, die Distanz zwischen Anbieter und Konsument zu überbrücken, um die Leistungen dem Nachfrager am gewünschten Ort und zur gewünschten Zeit zur Verfügung stellen zu können. Die Distributionspolitik gehört zu den Marketinginstrumenten, die im Kreditwesen erst in allerletzter Zeit an Bedeutung gewonnen haben und die noch keineswegs voll ausgeschöpft sind.

An dieser Stelle sind die Zweigstellenpolitik, die Verkaufsorganisation sowie die Absatzwege der Bank einer kurzen Betrachtung zu unterziehen. Wir gliedern deshalb das Kapitel in Anlehnung an GUTENBERG in die Abschnitte Vertriebssystem, Absatzform und Absatzwege[127].

2.3.5.1. Vertriebssystem

Das Kreditinstitut muss sich vorerst entschliessen, ob der Absatz zentral von einem Ort aus durchgeführt oder durch die Errichtung von Zweigstellen dezentralisiert werden soll.

Die *Zweigstellenpolitik* stellt für die Bank vor allem im Mengengeschäft ein sehr marktwirksames Instrument dar, da die Kundennähe in diesem Geschäftsbereich

126 Spanier H.-D., a.a.O., S. 209 ff.

127 Gutenberg (S. 123 ff.) verwendet als Oberbegriff für diese Problemkreise den Begriff der Absatzmethode.

eine ausschlaggebende Rolle spielt[128]. Während im Mengengeschäft die Zweigstelle die eigentliche Trägerin des Geschäftes ist, kommt dem Standort der Bank im komerziellen Geschäft und im Geschäft mit der vermögenden Privatkundschaft eine weit geringere Bedeutung zu[129]. Für diese Kundengruppen (deren Geschäftsverkehr sich zum Teil brieflich und telephonisch abwickelt) ist fachmännische Beratung und Betreuung weit wichtiger als ein günstiger Standort der Bank[130]. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass neue Dienstleistungen, wie Postsparhefte, Euro-Cheque und Bancomat auch den Mengengeschäftskunden standortunabhängiger machen.

Probleme im Zusammenhang mit der Zweigstellenpolitik ergeben sich vor allem aus der optimalen Standortwahl[131], der optimalen Grösse der Filiale, der Delegation von Kompetenzen und Verantwortung an die Geschäftsstellen sowie aus der Bestimmung des Sortiments, das von diesen Aussenstellen angeboten werden soll.

Das Zweigstellennetz der Schweizer Banken hat sich in den letzten Jahren, vor allem durch die Ausweitung der Grossbanknetze, stark entwickelt. Es weist heute eine Dichte auf, die zur Frage veranlasst, ob die Schweiz nicht heute schon "overbanked" sei. Ein weiterer Ausbau des Zweigstellennetzes erscheint aufgrund der hohen Fixkosten und der damit verbundenen Rentabilitätseinbusse fragwürdig. Deshalb sollten neue Bankstellen nur nach sorgfältigen Standort- und Rentabilitätsanalysen errichtet werden. Denn es wird mit zunehmender Konkurrenzierung immer schwieriger, durch eine entsprechende Ausweitung des Geschäftsvolumens den Kostenanstieg zu kompensieren; die Anlaufszeit bis zum Erreichen der Rentabilitätsschwelle wird immer länger[132]. Um auch spärlich besiedelte Gebiete bedienen zu können, wurden von verschiedenen Banken im Ausland (z.B. Barclays Bank) fahrbare Bankfilialen eingesetzt. Solche Bankfilialen können nach festem Wochenfahrplan weite Landstriche bedienen; sie können aber auch an bestimmten Veranstaltungen, wie an Messen, Sportanlässen etc. eingesetzt werden[133].

128 Vgl. Kühl H., a.a.O., S. 20; Spanier H.-D., a.a.O., S. 27; Loos N., a.a.O., S. 93; Duus O., a.a.O., S. 140 ff.

129 So weisen denn auch die Zweigstellennetze der Kantonalbanken, Regionalbanken und Sparkassen traditionell sehr dichte Netze auf, während die Privatbanken und Auslandbanken meist keine oder nur wenige Filialen unterhalten. Die Grossbanken haben ihr Zweigstellennetz in den letzten Jahren infolge ihrer verstärkten Anstrengungen im Massengeschäft stark ausgebaut. Die Zunahme ihrer Geschäftsstellen betrug im Zeitraum von 1962 bis 1974 125%.

130 Iseli E., a.a.O., S. 137; Feldbausch F., a.a.O., S. 320.

131 Vgl. Siepmann J.D., Die Standortfrage bei Kreditinstituten, Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Band 40, Berlin 1968; Schlechthaupt W.D., Kriterien für die Errichtung von Geschäftsstellen von Universalbanken, Basler Dissertation, Freiburg i.Br. 1971; Fuchs H., Planung und Probleme des Standortes von Kreditinstituten, Kölner Dissertation 1969.

132 Vgl. Spanier H.-D., a.a.O., S. 206.

133 Eine fahrbare Bankfiliale verursacht relativ geringe zusätzliche Fixkosten und verfügt über einen grossen Aktionsradius.

Einen besonderen Eindruck, wie weit amerikanische Banken in ihren Anstrengungen, die Bank in die Nähe der Kunden zu bringen, gehen, vermittelt das Beispiel der Chesapeak National Bank of Virginia, welche mit dem Slogan "on the water for watermen" eine schwimmende Bankfiliale geschaffen hat, um während der Austern- und Krabbensaison die Fischer bedienen zu können.

Der Vertrieb von Bankleistungen kann nicht nur über rechtlich und wirtschaftlich unselbständige Filialen abgewickelt werden, sondern kann über *Beteiligungen* oder über *Tochtergesellschaften* mit eigener Rechtspersönlichkeit erfolgen. Einem Institut, das sein Sortiment verbreitern und in neue Märkte vorstossen, die neuen Dienstleistungen aber nicht unter seinem Namen vertreiben will, bieten sich grundsätzlich die folgenden Möglichkeiten: Übernahme eines Unternehmens, das unter der alten Firma weitergeführt wird; Beteiligung an einem bestehenden Unternehmen; Errichtung einer Tochtergesellschaft; Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft mit anderen Banken[134].

Die Übernahme einer bestehenden Unternehmung eignet sich vor allem für das Vordringen in neue Geschäftszweige und noch nicht bearbeitete regionale Märkte, können doch dadurch bestehende Kundenbeziehungen übernommen und ausgebaut werden (AKO Bank, Aufina). Die Gründung von Tochtergesellschaften kann sich aufdrängen, wenn neue Dienstleistungen, die nicht oder nicht genau in die Angebotsstruktur des Instituts passen, vertrieben werden sollen (z.B. Kleinkredite, Factoring, Leasing). Sie kann ferner dann geboten sein, wenn ein spezialisiertes Angebot besonders deutlich hervorgehoben werden soll. Der Weg der Gründung gemeinsamer Gesellschaften wird in der Regel eingeschlagen, um die Risiken zu minimieren, die mit der Bearbeitung neuer Märkte verbunden sind.

2.3.5.2. Absatzform

a) Absatz durch betriebseigene Verkaufsorgane

Die Banken setzen ihre Leistungen in der Regel über betriebseigene Verkaufsorgane ab. Eigene Verkaufspersonen können grundsätzlich in den Geschäftsräumen der Bank und im Aussendienst eingesetzt werden. Der *Einsatz in den Geschäftsräumen* steht nach wie vor im Vordergrund. Hier kann in einen sach- und einen kundenbezogenen Einsatz unterschieden werden, je nachdem ob ein Verkaufsmitarbeiter einzelne Teilaufgaben bearbeitet oder ob er eine Anzahl von Kunden in allen Fragen betreut. Eine Mittelstellung nehmen die in zunehmendem Masse eingesetzten "Kon-

134 Alle diese Formen sind im schweizerischen Bankgewerbe anzutreffen. Als Beispiele können erwähnt werden: die Übernahme der Banque Romande durch die Banca Svizzera Italiana, die Beteiligung der Schweizerischen Bankgesellschaft an der Schweizerischen Hypotheken- und Handelsbank, die Gründung der Industrie Leasing AG durch den Schweizerischen Bankverein sowie die Errichtung der Lisca Leasing AG als Gemeinschaftsunternehmen einer Reihe von Kantonalbanken.

takter" ein, denen lediglich die Funktion zukommt, die Kunden zu beraten, die aber keine Geschäfte abschliessen[135]. Die *Aussendiensttätigkeit* der Banken beschränkte sich bisher auf die Betreuung der vermögenden Privatkunden und Unternehmungen durch die Geschäftsstellenleiter und die leitenden Mitarbeiter. Obwohl der Aussendienst bei diesen Kundengruppen als *der* kundenkonforme Absatzweg betrachtet wird, hat man bisher auf den Aufbau eigentlicher Aussendienstorganisationen verzichtet und die Aktivitäten auf den Einsatz leitender Mitarbeiter beschränkt[136]. Im Mengengeschäft, bei dem das Zweigstellennetz nach wie vor als der klassische Absatzweg bezeichnet werden kann, wurde vor allem aus Kostengründen auf den Einsatz von Verkaufspersonen ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten verzichtet[137]. Die Vorteile eines Aussendienstes liegen in der Unabhängigkeit von Schalteröffnungszeiten, in der hohen Mobilität und in der Tatsache, dass die Bankleistungen erklärungsbedürftig sind. Zudem gibt der Einsatz einer Aussendienstorganisation den Banken die Möglichkeit, eine aktivere Haltung einzunehmen und selber die Initiative zu ergreifen, um mit potentiellen Absatzpartnern in Kontakt zu kommen[138].

Dem Aufbau einer eigenen Aussendienstorganisation sind in der Schweiz Grenzen gesetzt. In Art. 2 der Konkurrenzierungsrichtlinien der Bankiervereinigung wird den Banken untersagt, Besuche bei Nichtkunden vorzunehmen, wenn diese nicht ausdrücklich gewünscht werden. Damit wird die Aussendiensttätigkeit stark beschnitten, kann sie doch nicht mehr zur Gewinnung neuer Kunden eingesetzt werden[139]. Immerhin verbleiben wesentliche Aufgaben, wie Betreuung und Beratung bestehender Kunden, Förderung des "Cross Selling" (also des Verkaufs weiterer Bankleistungen an bestehende Kunden) sowie Kontaktaufnahme mit potentiellen Kunden, die sich aufgrund gezielter Werbemassnahmen bei der Bank gemeldet haben und eine Kontaktaufnahme wünschen. Diese gewichtigen Aufgaben, die einer Aussendienstorganisation übertragen werden könnten, würden den Aufbau einer eigenen Organisation durchaus rechtfertigen.

Zum Absatz über bankeigene Verkaufsorgane ist schliesslich der Absatz von Bankleistungen durch *Automaten* zu rechnen. Der Einsatz solcher unpersönlicher Bankstellen ist in einem beratungsintensiven Geschäftszweig allerdings begrenzt. Er eignet sich lediglich für den Absatz nicht erklärungsbedürftiger Leistungen (z.B. Geldausgabegeräte). Den Vorteilen der Schnelligkeit in der Geschäftsabwicklung und der Verfügbarkeit der Leistungen rund um die Uhr, steht der Nachteil des feh-

135 Vgl. Loos N., a.a.O., S. 94; Goedecke K., a.a.O., S. 83.

136 Feldbausch (S. 327) plädiert dafür. bei grösseren Instituten wenigstens für die Unternehmungen und vermögenden Privatkunden, eine selbständige Organisation aufzubauen, die sich nicht nur auf die leitenden Angestellten stützt.

137 Vgl. Spanier H.-D., a.a.O., S. 207.

138 Feldbausch F., a.a.O., S. 327.

139 In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass nicht alle Bankinstitute der Bankiervereinigung angehören. Unter den Nichtmitgliedern sind auch Tochtergesellschaften von Mitgliedinstituten zu finden (z.B. Kleinkreditinstitute).

lenden persönlichen Kontakts gegenüber. Immerhin kann der Einsatz von Automaten zu einer Entlastung von Routinegeschäften führen und so Mitarbeiter für die Beratung freisetzen[140].

b) Absatz über fremde Organisationen

Mitunter entschliesst sich ein Kreditinstitut, einen Teil der Absatzbemühungen auf betriebsfremde Verkaufsorgane zu übertragen. So werden etwa in Deutschland Sparbriefe in Einzelhandelsunternehmen zum Kauf angeboten, Investmentpapiere durch Versandhäuser auf eigene Rechnung vertrieben und Anlagepläne über Versicherungsgesellschaften abgesetzt[141]. Zudem können Detailhandelsunternehmen beim Verkauf eigener Waren Teilzahlungskredite vermitteln, indem sie ihren Kunden die Finanzierung der Kaufgegenstände über eine bestimmte Bank empfehlen. Ebenfalls möglich ist eine Zusammenarbeit der Banken mit Steuerberatern, Rechtsanwälten, Treuhandbüros und Unternehmungsberatungsfirmen[142].

2.3.5.3. Absatzwege

Grundsätzlich stehen einer Unternehmung zwei Absatzwege zur Verfügung: Der direkte Absatz, bei dem sich die Unternehmung zur Verwertung ihrer Leistungen unmittelbar an die Bedarfsträger richtet. Ferner der indirekte Absatz, bei dem Absatzmittler eingeschaltet werden, die die Leistungen nicht für konsumtive Zwecke erstehen, sondern die Absicht haben, sie weiter zu veräussern[143].

Bis vor kurzer Zeit wurde der *indirekte Absatz* über mehrere Absatzorgane, wegen der Gleichzeitigkeit von Produktion und Absatz der Bankleistungen, als nicht anwendbar bezeichnet[144]. Dem steht allerdings die Tatsache entgegen, dass bestimmte Leistungen sowohl direkt als auch über die Händlertätigkeit anderer Kreditinstitute oder anderer Unternehmen abgesetzt werden können (z.B. Pfandbriefe, Investmentzertifikate, Travelers Cheques)[145]. Die Aufgaben der Absatzmittler gehen im Bankbetrieb aber bedeutend weniger weit als in der Industrie. Während zu den Aufgaben der industriellen Absatzmittler neben dem Verkauf der Transport, die Lagerung, die Übernahme des Absatzrisikos und das Zusammensetzen von Ab-

140 Cramer J., Marketing, S. 35.
141 Cramer J., Neue Dienstleistungen, S. 106; Loos N., a.a.O., S. 96; Feldbausch F., a.a.O., S. 328 ff.; Duus O., a.a.O., S. 139.
142 Das betriebsfremde "Verkaufsorgan" kann grundsätzlich als Mäkler, Agent oder Kommissionär tätig werden.
143 Vgl. Gutenberg E., a.a.O., S. 155 ff.
144 Vgl. Weiss U., Marktforschung der Kreditinstitute-Erforschung des Marktes der privaten Haushalte und ihr Einfluss auf die Verhaltensweisen der Institute, Berlin 1966, S. 59 f.
145 Goedecke K., a.a.O., S. 86; Duus O., a.a.O., S. 138.

satzleistungen zu Sortimenten gehört, setzen die Banken die Absatzmittler vor allem ein, um Leistungen abzusetzen und neue Kontakte zu schaffen[146].

Eindeutig im Vordergrund steht im Bankgewerbe allerdings noch immer der *direkte Absatz* an die Absatzpartner, wobei nach wie vor dem Geschäftsstellennetz grösste Bedeutung zukommt. Auch beim Einsatz neuer Hilfsmittel, wie Verkaufswagen, Telephon und Automaten, tritt die Bank direkt mit dem Kunden in Kontakt. Bestimmte Dienstleistungen erlauben zwar, über das Geschäftsstellennetz der PTT mit der Bank in Verbindung zu treten. Die Post übt jedoch keine Absatzmittlertätigkeit aus und ist deshalb nicht als Glied einer Distributionskette zu betrachten; sie dient lediglich als technisches Hilfsmittel zur Übermittlung von Information und Geld.

Schliesslich hat CRAMER das *Franchising* als neuen Absatzweg zur Diskussion gestellt[147]. Hier würde die Bank als Franchisor (Lizenzgeber) einem Franchisee (Lizenznehmer) das Recht übertragen, bestimmte Leistungen nach vereinbarten Bedingungen zu verkaufen.

2.4. Der Einsatz des absatzpolitischen Instrumentariums

Aufgabe der Marketingplanung ist es, diejenige Strategie zu bestimmen, die unter den herrschenden Umweltbedingungen sowie bei gegebenen internen Restriktionen der Zielfunktion am ehesten entspricht. Ein gewichteter Einsatz der Instrumente im Sinne von WEINHOLD verlangt neben der gegenseitigen Abstimmung der Instrumente in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht (Synchronisation, Harmonisierung) in erster Linie die Wahl der wirkungsvollsten Kombination der Mittel[148]. Diese wird aber durch die Vielzahl der zur Verfügung stehenden Verhaltensalternativen und durch den Umstand, dass die Instrumente teilweise interdependent sind, erschwert. Dazu kommt, dass der Einfluss der verschiedenen Umweltzustände (die im Zeitablauf Änderungen unterworfen sind und über welche die Unternehmung meist nur unzureichende Informationen besitzt) auf die Zielwirkung der möglichen Kombination in Rechnung gestellt werden muss. Daher erscheint eine optimale Mittelkombination praktisch unmöglich[149].

In der Literatur wird versucht, das Problem durch verschiedene Lösungsansätze (wie mathematische Optimierung, dynamische Programmierung und Simulation) zu meistern. Die Modelle[150] gehen jedoch zwangsläufig von stark vereinfachten Annahmen aus, die den realen Gegebenheiten nur in beschränktem Masse Rech-

146 Duus O., a.a.O., S. 139 f.
147 Cramer J., Franchising – ein neuer Absatzweg, in: Bank und Markt, 1972, S. 14 f.
148 Weinhold H., Marketing, S. 78 ff.
149 Hill W., Band 2, S. 326 f.; Röhr H., a.a.O., S. 349 ff., 356; Krug D., a.a.O., S. 116 ff.
150 Eine Auswahl dieser theoretischen Modellansätze finden sich bei Hill, Band 2, S. 304; Krug D., a.a.O., S. 120 ff.

nung tragen. Angesichts der Unmöglichkeit, das Problem des optimalen Marketing-Mix in befriedigender Weise zu lösen, wird man sich mit Näherungslösungen und Suboptimierungen einzelner Teilbereiche zufriedengeben müssen[151].

HILL schlägt vor, zunächst eine Zukunftsprognose für die Entwicklung der wichtigsten Unternehmungsgrössen in der Annahme zu erstellen, dass die bestehende Strategie auch in Zukunft beibehalten wird. Ergibt der Vergleich der Prognosewerte mit den Unternehmungszielen eine Ziellücke, so müssen (nachdem eine Stärke/Schwäche-Analyse durchgeführt wurde) Strategieänderungen vorgenommen, d.h. Alternativen entwickelt und auf ihren Zielerreichungsgrad überprüft werden[152].

151 Vgl. Röhr H., a.a.O., S. 357.

152 Vgl. Hill W., Band 2, S. 327 ff.; Pümpin C., Langfristige Marketingplanung, Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Absatz und Handel an der Hochschule St. Gallen, Band 13, 2. Auflage, Bern und Stuttgart 1970, S. 76 ff., 107 ff.

II. KAPITEL

Öffentlich-rechtliche Schranken des Marketings im Bankengewerbe

3. Die verfassungsmässige Grundlage des Marketings

3.1. Der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit

Die Handels- und Gewerbefreiheit ergänzt den in der Bundesverfassung enthaltenen Katalog von geschriebenen und ungeschriebenen Grundrechten und weitet den individuellen Freiheitsbereich auf die wirtschaftliche Betätigung aus. Bis vor kurzem wurde die HGF wie die andern Grundrechte ausschliesslich als Abwehrrecht gegenüber der Staatsgewalt verstanden[1]. Dieses historisch begründete negatorische Grundrechtsverständnis zielte darauf ab, den Individuen eine staatsfreie Sphäre sicherzustellen, in welcher sie sich frei betätigen können. In dieser Beziehung hat sich in letzter Zeit ein Wandel vollzogen. Heute werden die Grundrechte nicht mehr als rein negative Abwehrrechte verstanden, sondern als Zielsetzungen, "welche bis in die feinsten Verästelungen der Rechtsordnung ausstrahlen". Sie sind nicht nur isolierte, individuelle Ansprüche, sondern Grundsätze, "welche ganze Normkomplexe mit dem Ziel bestimmen, die ihnen innewohnenden (freiheitlich-personalen) Ideen in die Rechtswirklichkeit umzusetzen"[2]. Das Bundesgericht hat im BGE 86 II 365 einen inneren Zusammenhang zwischen der privatrechtlichen Wirtschaftsfreiheit (Art. 28 ZGB) und Art. 31 BV hergestellt. Damit gelangt der Grundsatz der freien Erwerbstätigkeit des Art. 31 BV über eine ausfüllungsbedürftige Generalklausel in das Privatrecht; der HGF wird m.a.W. eine konstitutiv-institutionelle Rechtswirkung zuerkannt. Wird aber anerkannt, dass Art. 31 BV als Auslegungsregel für die Interpretation privatrechtlicher Generalklauseln beizuziehen ist und dadurch auf die Rechtsbeziehung zwischen Privaten ausstrahlt, so bedeutet dies, dass eine indirekte Drittwirkung der HGF bejaht wird[3].

Die HGF gewährleistet als Freiheitsrecht bloss einen staatsfreien Raum; sie enthält grundsätzlich *keinerlei Anspruch auf eine positive Leistung des Staates.* Hingegen muss der Anbieter zur Ausübung seiner Erwerbstätigkeit die im Gemeingebrauch stehenden Sachen (beispielsweise die öffentlichen Strassen) benützen dürfen, wenn seine Tätigkeit mit dem Gemeingebrauch zu vereinbaren ist[4]. In seiner neu-

1 Marti H., Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950, S. 32 f.; Fleiner F./Giacometti Z., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 282; Burkhardt W., Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. A., Bern 1931, S. 225 ff.

2 Saladin P., Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, 2. Auflage, Bern 1975, S. 295 f.; dazu auch Müller J.P., Soziale Grundrechte in der Verfassung?, ZSR 1973, II. Halbband, S. 715 ff., 744 f., 758.

3 Vgl. Saladin P., a.a.O., S. 265 f., 311 ff.; Müller J.P., Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Band 360, Bern 1964, S. 166 ff.

4 Marti H., HGF, S. 70, 140 ff.; derselbe, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel und Stuttgart 1976, S. 66 f.; Favre A., Droit Constitutionnel Suisse,

sten Rechtsprechung hat das Bundesgericht (in Änderung seiner bisherigen Praxis) auch den gesteigerten Gemeingebrauch von öffentlichem Grund und Boden für eine gewerbliche Tätigkeit als zulässig erklärt, wenn der Zweck des öffentlichen Grundes dies erlaubt (BGE 101 Ia 481)[5]. Der gesteigerte Gemeingebrauch kann zwar nach wie vor von einer Bewilligung abhängig gemacht werden; das schliesst aber nicht aus, dass ein Erwerbstätiger, der den öffentlichen Boden in dieser Art benützt, sich nicht auf die HGF berufen kann.

Geht die Benützung des öffentlichen Bodens über den gesteigerten Gemeingebrauch hinaus, so liegt Sondernutzung vor. Auf diese Benutzungsart, die sich durch die Intensität der Sachnutzung und den ausschliesslichen Charakter auszeichnet, hat der Private keinerlei Anspruch[6]. Er bedarf vielmehr einer Sondernutzungskonzession. Diese kann von Bedingungen und Auflagen abhängig gemacht werden, die im alleinigen Ermessen des Staates liegen[7].

Die HGF umfasst *jede Art privater Erwerbstätigkeit*, sei sie hauptberuflich, nebenberuflich oder auch nur gelegentlich[8]. Sie enthält die Freiheit, eine Beschäftigung auszuüben, aber auch die Freiheit, es nicht zu tun[9]. Die HGF schützt jede Betätigung, die zur Erzielung eines Gewinnes geeignet ist. Unwesentlich ist, ob das Gewinnstreben die einzige Triebfeder der Tätigkeit ist, ob das Gewinnziel durch andere Ziele ergänzt oder durch ideelle Ziele gar in den Hintergrund gedrängt wird (z.B. Genossenschaftsbanken)[10]. Die HGF gewährleistet den *freien Zugang* zu einer privaten Erwerbstätigkeit und die *freie Ausübung* der gewählten Betätigung[11].

Fribourg 1966, S. 382; Saladin P., a.a.O., S. 248 ff.

5 Das Bundesgericht ist damit nicht von seiner Ansicht abgegangen, die HGF enthalte keinen Anspruch auf eine Leistung des Staates. Es hat sich bei seiner Praxisänderung vielmehr von der Tatsache leiten lassen, dass zu einem gesteigerten Gemeingebrauch vielfach ein blosses Dulden des Staates genügt.

6 Imboden M., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band II, 4. Auflage, Basel und Stuttgart 1971, S. 532 f.; Schwarzenbach H.R., Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 6. Auflage, Bern 1975, S. 176; Saladin P., a.a.O., S. 250 f.

7 Schwarzenbach H.R., a.a.O., S. 161.

8 Marti H., HGF, S. 55, 59 ff.; Favre A., a.a.O., S. 351; Fleiner F./Giacometti Z., a.a.O., S. 282; Aubert J.F., Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967, S. 670; BGE 83 I 112; 84 I 29.

9 Marti H., HGF, S. 55.

10 Vgl. Marti H., HGF, S. 59; Die moderne Betriebswirtschaftslehre geht nicht mehr vom Streben nach Gewinnmaximierung als allgemeinem Ziel unternehmerischen Handelns aus. Vielmehr werden Zielsysteme entwickelt, bei denen das Gewinnziel nur noch als eine Komponente neben anderen gleichrangigen Zielen steht, die im übrigen teilweise in einem konträren oder antinomischen Verhältnis zueinander stehen (vgl. dazu: Heinen E., Das Zielsystem der Unternehmung, Grundlagen betriebswirtschaftlicher Entscheidung, Wiesbaden 1966.

11 Marti H., HGF, S. 62.

3.2. Der persönliche Geltungsbereich der Handels- und Gewerbefreiheit

Lehre[12] und Rechtsprechung[13] beschränken den persönlichen Geltungsbereich der HGF auf Schweizerbürger, obwohl der Wortlaut des Art. 31 BV eine solche Beschränkung nicht erfordern würde. *Ausländer* können jedoch indirekt in den Genuss der Handels- und Gewerbefreiheit kommen, wenn sie durch Staatsvertrag den Schweizerbürgern in bezug auf die Erwerbsfreiheit gleichgestellt werden. In den meisten Niederlassungsverträgen wird den Ausländern durch Gleichbehandlungs- und Meistbegünstigungsklauseln die Gleichstellung mit den Inländern auf dem Gebiet der wirtschaftlichen Betätigung zugesagt. Allerdings ist zu beachten, dass nur niedergelassene Ausländer aus den Vertragsstaaten diese Gleichstellung geniessen[14]. Aber auch diese können sich einzig auf die im Staatsvertrag garantierte Gewerbefreiheit, nicht aber auf Art. 31 BV berufen. Auf die Niederlassungsbewilligung selbst haben auch Ausländer aus Vertragsstaaten keinerlei Anspruch[15].

Die HGF steht neben den natürlichen auch den *juristischen Personen* des Privatrechts zu, denn die juristische Person ist lediglich eine spezielle Form, unter welcher eine Mehrzahl von natürlichen Personen eine Erwerbstätigkeit ausübt[16].

Ausländische juristische Personen geniessen den Schutz der HGF ebensowenig wie ausländische natürliche Personen. Dieser Grundsatz erscheint klar und einleuchtend; Schwierigkeiten bereitet jedoch die Abgrenzung zwischen in- und ausländischen juristischen Personen.

Als Anknüpfungspunkt wählt MARTI den *Sitz der Gesellschaft*[17]. Die Sitztheorie hat indessen zur Folge, dass jede nach schweizerischem Recht gegründete Gesellschaft in den Genuss der HGF käme, ohne Rücksicht auf ausländische Beteiligungen. Daher könnte durch eine Gesellschaftsgründung die Beschränkung der HGF auf Schweizerbürger umgangen werden; Gesellschaften mit ausländischen Beteiligungen dürften keinen Beschränkungen unterworfen werden, die mit der HGF nicht zu vereinbaren wären[18].

12 Marti H., HGF, S. 50 ff.; derselbe, Wirtschaftsfreiheit, S. 30 f.; Marti M., Die Handels- und Gewerbefreiheit der Ausländer in der Schweiz, Bern 1963, S. 24; Fleiner F./Giacometti Z., a.a.O., S. 281; Favre A., a.a.O., S. 383; Widmer M., Die Gewerbefreiheit nach schweizerischem und die Berufsfreiheit nach deutschem Recht, Berner Dissertation 1967, S. 29 ff.; Frey U.P., Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu andern Freiheitsrechten, Zürcher Dissertation, Winterthur 1965, S. 18 f.

13 BGE 48 I 285; 47 I 50; 55 I 223.

14 Marti M., a.a.O., S. 115 f.; Widmer M., a.a.O., S. 31.

15 Marti M., a.a.O., S. 116; Heinrich P., Die Handels- und Gewerbefreiheit im Bankgewerbe, Bankwirtschaftliche Forschungen, Band 20, Bern und Stuttgart 1973, S. 424.

16 Marti H., HGF, S. 52 f.; derselbe, Wirtschaftsfreiheit, S. 32; Widmer M., a.a.O., S. 33.

17 Marti H., Wirtschaftsfreiheit, S. 33; Marti H., HGF, S. 53, Anm. 21.

18 Nicht mit der HGF zu vereinbaren wäre beispielsweise die Bestimmung des Art. 3 bis Abs. 1 lit. a BaG.

Als weiteres Abgrenzungskriterium könnten *die Beteiligungsverhältnisse* herangezogen werden. Dann müsste eine juristische Person als ausländische bezeichnet werden, wenn ein bestimmter Prozentsatz des Gesellschaftskapitals (z.B. mehr als 50%) Ausländern gehörte. Allerdings ist diese Lösung bei der heutigen Rechtslage nicht zu bewerkstelligen, da eine Kontrolle der Eigentumsverhältnisse (wegen dem Institut der Inhaberaktien) undurchführbar ist. Zudem sprechen Gründe der Rechtssicherheit gegen eine solche Lösung: Der einzelne Gesellschafter hätte bei Publikumsaktiengesellschaften nämlich keine Möglichkeit zu beurteilen, ob eine Gesellschaft (noch) schweizerischen Charakter hat und damit den Schutz der HGF geniesst. Im übrigen liefe eine juristische Person bei dieser Lösung Gefahr, ihren Charakter als inländische Gesellschaft ungewollt zu verlieren.

Schliesslich bietet sich die *Beherrschung* einer juristischen Person als Abgrenzungskriterium an. Nach dieser Konzeption ist eine juristische Person dann als ausländische zu betrachten, wenn die Willensbildung direkt oder indirekt in entscheidendem Masse durch Ausländer beeinflusst wird. Eine solche Beherrschung setzt nicht notwendigerweise eine Mehrheitsbeteiligung voraus. Vielmehr kann bei einer breiten Streuung der Aktien schon ein relativ geringer prozentualer Anteil zu einem beherrschenden Einfluss führen. Auf der andern Seite kann eine Gesellschaft auch dann ihren schweizerischen Charakter beibehalten, wenn ein Grossteil der Anteile sich (vorübergehend oder ständig) in ausländischen Händen befindet; vorausgesetzt, dass die Anteile so breit gestreut sind, dass keine Gruppe einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Zu beachten ist, dass bei diesem Konzept jede Art der Beherrschung erfasst werden kann; also nicht nur eine Beherrschung über Beteiligungen, sondern auch eine solche aufgrund der starken Stellung als Kreditnehmer oder Kreditgeber und aufgrund von Fachwissen oder guten Beziehungen zu wichtigen Absatzpartnern. Schweizerische Beteiligungen können zwar auch hier betroffen werden. Die Beherrschung ist aber für die inländischen Gesellschafter leichter erkennbar, da sie sich in der Regel in der Zusammensetzung der Geschäftsleitung oder des Verwaltungsrates äussert.

Umstritten ist schliesslich, ob sich eine ausländische juristische Person auf einen Niederlassungsvertrag berufen kann, der zwar eine Gleichstellung mit den inländischen vorsieht, die juristischen Personen jedoch nicht ausdrücklich erwähnt[19, 20].

Nicht auf die HGF berufen können sich ferner *öffentlich-rechtliche Verbände;* und zwar selbst dann nicht, wenn sie in freier Konkurrenz zu privaten Unternehmen stehen. Dieser Grundsatz ergibt sich aus der Natur der HGF als den Individuen zustehendes, als Abwehrrecht gegen den Staat gerichtetes Freiheitsrecht. Die Freiheitsrechte beschränken die Staatsgewalt zugunsten von Privatpersonen und nicht

19 Dazu ausführlich: Heinrich P., a.a.O., S. 428 ff.

20 Selbst wenn die Gleichstellung bejaht wird, lassen sich weitergehende polizeiliche Vorschriften bei ausländischen juristischen Personen rechtfertigen, wenn diese darauf ausgerichtet sind, Gefahren abzuwehren, die sich daraus ergeben, dass ihnen gegenüber, das schweizerische Recht nicht gilt oder nicht durchgesetzt werden kann (Heinrich P., a.a.O., S. 431, 435).

zugunsten anderer staatlicher Institutionen[21]. Nur die private Erwerbstätigkeit, nicht aber die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, steht unter dem Schutz von Art. 31 BV[22]. Nicht entscheidend ist die rechtliche Form, in der ein öffentlich-rechtlicher Verband eine Tätigkeit ausübt. Selbst wenn das Gemeinwesen ein Gewerbe in einer privatrechtlichen Form betreibt (z.B. Zuger Kantonalbank als AG), gilt ein solches Unternehmen als öffentliches[23, 24]. Denn die Betätigung in einer Rechtsform des Privatrechts hat nicht zur Folge, dass auch private Interessen verfolgt werden. Allgemein lässt sich sagen, dass ein öffentlich-rechtlicher Verband gar keine wirtschaftliche Betätigung im eigenen Interesse entfalten kann; eine solche Tätigkeit ist vielmehr immer dem Gemeinwohl zuzuordnen[25].

Im schweizerischen Bankwesen gibt es eine Anzahl gemischtwirtschaftlicher Institute, an denen, neben öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten, auch Privatpersonen beteiligt sind (z.B. Nationalbank). Die Beteiligung von Privatpersonen scheint zwar auf den ersten Blick für die Geltung der HGF zu sprechen. Die Tätigkeit eines Teils dieser Institute wird jedoch durch öffentlich-rechtliche Normen in abschliessender Weise geregelt, was notwendigerweise eine Einflussnahme auf die Geschäftstätigkeit darstellt. Sinnvoll und mit den Interessen der Privaten vereinbar ist die Lösung von HEINRICH[26]:

Beruht eine gemischtwirtschaftliche Bank auf einem öffentlich-rechtlichen Statut, das ihre Tätigkeit in abschliessender Weise regelt, so gilt die HGF für sie nicht. Eine Privatperson, die sich an einer solchen Gesellschaft beteiligt, muss damit rechnen, dass sich dieses Unternehmen nicht wie ein privat-wirtschaftliches verhalten kann. Anders liegen die Verhältnisse, wenn sich eine Privatperson an einer privatrechtlich organisierten Gesellschaft beteiligt. Hier muss ein Privater sich darauf verlassen können, dass die verfolgte Tätigkeit den Schutz der HGF geniesst, weiss er doch im Einzelfall gar nicht, dass der Staat an einem solchen Unternehmen partizipiert[27].

21 Marti H., HGF, S. 53; derselbe, Wirtschaftsfreiheit, S. 34; Heinrich P., a.a.O., S. 97; Marti M., a.a.O., S. 13; Frey U.P., a.a.O., S. 18; Nef H., HGF, SJK Nr. 616.

22 Eine Ausnahme von diesem Grundsatz scheint für diejenigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten angebracht, hinter denen ein "gesellschaftlich-privates Sozialsubstrat" steht. Diese öffentlich-rechtlichen Körperschaften, bei denen die individuellen Interessen der Mitglieder und nicht die öffentlichen Interessen des Staates im Vordergrund stehen, haben sich weitgehend vom Staat gelöst und verfolgen vom Staatszweck verschiedene Ziele. Ihnen ist deshalb die Grundrechtsfähigkeit zuzusprechen (z.B. öffentlich-rechtlich organisierte Kirchen). Vgl. Dülp H., a.a.O., S. 519 ff.; Saladin P.V., a.a.O., S. 106; Widmer M., a.a.O., S. 37 ff.; Heinrich P., a.a.O., S. 98.

23 Heinrich P., a.a.O., S. 98; Saladin P.V., a.a.O., S. 103 ff.

24 Das führt zu einer Ungleichbehandlung der beiden Pfandbriefzentralen: Die Pfandbriefzentrale der schweizerischen Kantonalbanken fällt (obwohl sie eine AG ist) nicht unter den Schutz der HGF. Anders die Pfandbriefbank schweizerischer Hpyothekarinstitute; sie kann sich auf die HGF berufen, denn sie verfolgt ausschliesslich private Interessen.

25 Dülp H., a.a.O., S. 518 f.; Marti H., HGF, S. 53; Saladin P.V., a.a.O., S. 104.

26 Heinrich P., a.a.O., S. 99.

27 Da auch die drei gemischtwirtschaftlich organisierten Kantonalbanken durch ein Gesetz gegründet wurden, kann von den 28 als Kantonalbanken geltenden Instituten kein einziges sich auf den Schutz der HGF berufen.

3.3. Das Verhältnis der HGF zum Marketing

Art. 31 BV bildet die verfassungsmässige Grundlage für das Marketing der Banken. Die Literatur und die Rechtsprechung zu dieser Verfassungsbestimmung erwähnen den Marketingbegriff zwar nicht ausdrücklich. Die HGF schützt jedoch unter dem Titel der Ausübungsfreiheit eine Reihe von Einzeltätigkeiten, die gesamthaft das Marketinginstrumentarium ausmachen. So werden der HGF namentlich zugerechnet: die Möglichkeit, Art, Qualität und Umfang der Marktleistungen frei festsetzen zu können[28]; die selbständige Bestimmung der Preise und Konditionen[29]; die Freiheit, den Markt für die angebotenen Produkte und Dienstleistungen ungehindert bearbeiten zu können, insbesondere das Recht auf Werbung[30], welches nicht nur eine freie (inhaltliche und formelle) Gestaltung der Werbebotschaft, sondern auch die freie Wahl und den ungehinderten Einsatz der Werbemittel umfasst; endlich die Möglichkeit, die Verkaufsorganisation, das Vertriebssystem und die Absatzwege autonom bestimmen zu können. Die durch Art. 31 BV garantierte Ausübungsfreiheit gewährleistet also grundsätzlich den ungehinderten Einsatz des absatzpolitischen Instrumentariums. Eine erfolgreiche Ausübung einer Erwerbstätigkeit verlangt in der heutigen Wirtschaft eine zielgerichtete Ausrichtung der Tätigkeiten auf dem Markt sowie einen kombinierten Einsatz aller Marketinginstrumente. Das Marketing ist also nichts anderes als eine moderne, systematische, auf die Käufermärkte ausgerichtete Ausübung einer privaten Erwerbstätigkeit. Dass die Ausübungsfreiheit auch eine optimale Kombination der einzelnen Mittel beinhaltet, erscheint selbstverständlich.

Die in der HGF enthaltene Ausübungsfreiheit gibt dem Erwerbstätigen das Recht, frei über die Zusammensetzung, die Gewichtung und den Einsatz der Marketinginstrumente zu entscheiden und seine Absatzanstrengungen ungehindert zu entfalten. Er kann dabei von neuen technischen Einrichtungen Gebrauch machen (Verkaufsfahrzeuge, Automaten etc.)[31] und sich neue Organisationsmittel und absatzwirtschaftliche Erkenntnisse zunutze machen. Zu beachten ist aber in diesem Zusammenhang, dass der Einsatz der Marketinginstrumente, als Teil der freien Erwerbstätigkeit, ausschliesslich durch die HGF geschützt wird[32]. Andere Grundrechte können nicht angerufen werden und zwar selbst dann nicht, wenn die wirtschaftliche Tätigkeit in enger Beziehung zu diesen verfassungsmässigen Rechten steht. So fallen die Werbung und die Public Relations allein unter den Schutz der HGF; die Meinungsäusserungsfreiheit und die Pressefreiheit erfassen wirtschaftliche Äusserungen und Veröffentlichungen nicht[33].

28 Marti H., HGF, S. 73.
29 Marti H., HGF, S. 73; Favre A., a.a.O., S. 353.
30 Saladin P.V., a.a.O., S. 99 ff.; Marti H., HGF, S. 73; Favre A., a.a.O., S. 352; vgl. auch David L., Schweizerisches Werberecht, Zürich 1978, S. 11 ff.
31 Marti H., HGF, S. 73; Favre A., a.a.O., S. 352; BGE 57 I 111; 84 I 112.
32 Zum Verhältnis der Eigentumsgarantie zur HGF: Marti H., Wirtschaftsfreiheit, S. 65 f.; Saladin P., a.a.O., S. 267 ff.
33 Fleiner F./Giacometti Z., a.a.O., S. 368; Saladin P., a.a.O.,S. 49; Saladin P.V., a.a.O., S. 119 ff.; BGE 73 IV 15; vgl. auch: Huber H., Schutz der Werbung durch die Gewerbefreiheit

Die einzelnen mit der Erwerbstätigkeit verbundenen Absatzmassnahmen verlangen in der Regel einen komplizierten, meist mehrstufigen Entscheidungsprozess. Ohne eine systematische Entscheidungsvorbereitung (Datenbeschaffung, Entwickeln von Alternativen) ist ein zielgerichteter Einsatz der Marketinginstrumente und damit eine erfolgreiche Erwerbstätigkeit undenkbar. Es ist deshalb unumgänglich, dass die Ausübungsfreiheit sich nicht nur auf die eigentliche Durchführung des Absatzes beschränkt. Sie muss in einem umfassenden Sinn verstanden werden und auch die Absatzvorbereitung (die Marktforschung) miteinbeziehen.

3.4. Die Vorbehalte der HGF

Die Bundesverfassung kann die Grundrechte nicht absolut, unbeschränkt gewährleisten. Freiheit bedeutet keineswegs schrankenlose Freiheit, denn deren ungebundene Ausübung müsste zwangsläufig zu einer Kollision mit andern schützenswerten Rechtsgütern führen. Die Freiheit des einzelnen findet deshalb ihre Begrenzung im Freiheitsbereich der übrigen Rechtsgenossen und in den Gemeinschaftszielen, die im staatlichen Interesse zum Ausdruck kommen. Schranken der Grundrechte sind nach MÜLLER das immer wieder zu gewinnende Ergebnis eines Abwägens immanent bestimmter Staatsziele mit dem im Transzendenten wurzelnden Wert der Einzelpersönlichkeit[34].

Die Vorbehalte, an die die Grundrechte geknüpft werden, lassen sich unterteilen in blosse *Schranken* und eigentliche *Ausnahmen*. Schranken lassen den Kerngehalt der Grundrechte unversehrt. Sie sind dem Grundrecht immanent (also schon in den Begriffen enthalten)[35] oder schmälern den Grundrechtsbereich durch ausdrücklich in der Rechtsordnung enthaltene Abgrenzungen. Demgegenüber bedeutet eine Ausnahme einen Einbruch in den Kerngehalt, eine Wiederaufhebung des Grundrechts in einer Richtung[36].

Die allgemein übliche Unterscheidung in wirtschaftspolizeiliche und wirtschaftspolitische Vorbehalte der HGF knüpft an dieser Unterteilung an.

oder durch die Pressefreiheit?, SJZ 1977, S. 297 ff.; a.M. Rehbinder M., Pressefreiheit für Reklame?, SJZ 1977, S. 53 ff.

34 Müller J.P., Grundrechte, S. 97.

35 Das Bundesgericht sowie zahlreiche Autoren vertreten die Ansicht, dass alle Grundrechte nur unter dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung gewährleistet seien, wobei in diesem Begriff die sogenannten Polizeigüter (öffentliche Sicherheit, Ordnung, Ruhe, Sittlichkeit, Gesundheit und Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) zusammengefasst werden. Vgl. Saladin P., a.a.O., S. 343 ff.; Müller J.P., Grundrechte, S. 97; Fleiner F./Giacometti Z., a.a.O., S. 246; Saladin P.V., a.a.O., S. 157 ff.; Frey U.P., a.a.O., S. 8 f.; Marti M.B., a.a.O., S. 16; a.M. Huber H., Die Grundrechte in der Schweiz, in: Bettermann/Neumann/Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte, Band 1, Berlin 1966, S. 207. Daneben werden etwa die staatliche Sicherheit und die verfassungsmässige Ordnung als generelle Vorbehalte erwähnt (Saladin P., a.a.O., S. 340 ff.).

36 Marti H., HGF, S. 97; Schmid H., Die Unterscheidung zwischen wirtschaftspolizeilichen und

Wirtschaftspolizeiliche Beschränkungen dienen primär der Gefahrenabwehr. Die polizeiliche Tätigkeit ist deshalb auf das Einschreiten gegen Störungen und unmittelbare Gefährdungen der öffentlichen Ordnung beschränkt. Zum Gewerbepolizeirecht sind alle Vorschriften zu rechnen, welche die Ausübung des Gewerbes im polizeilich begründeten öffentlichen Interesse einschränken; mithin also alle Normen, die eine Erwerbstätigkeit bedingen[37]. Die polizeilichen Beschränkungen setzen die Freiheit als Grundprinzip logisch voraus; sie sind nach allgemeiner Ansicht mit der HGF zu vereinbaren.

Demgegenüber sind *wirtschaftspolitische Massnahmen* Mittel der staatlichen Wirtschaftspolitik, durch die der Staat das wirtschaftliche Geschehen in einer bestimmten Weise lenken will. Bei diesen Eingriffen beschränkt sich der Staat nicht mehr auf die Abwehr der mit der freien Erwerbstätigkeit verbundenen Gefahren, sondern greift zur Verwirklichung eigener Ziele in die Wirtschaft ein[38].

Die begriffliche Unterscheidung, die sich im übrigen nicht aus dem Wortlaut der BV ableiten lässt, sondern von der Dogmatik entwickelt wurde, dient primär der Abgrenzung der mit dem Prinzip der HGF zu vereinbarenden Eingriffe in die private Erwerbstätigkeit. Insbesondere sollen damit die Befugnisse der Kantone, deren Vorschriften nicht gegen die HGF verstossen dürfen, klar umrissen werden. Nun ist es aber nicht so, dass generell alle wirtschaftspolitischen Massnahmen – die MARTI in fördernde und lenkende Eingriffe sowie in Monopole einteilt[38] – als Verstoss gegen das Prinzip der HGF betrachtet werden[39]. Zulässig bleiben vielmehr Förderungsmassnahmen; sie tangieren nach Ansicht der herrschenden Lehre das Prinzip der Wirtschaftsfreiheit trotz ihres wirtschaftspolitischen Charakters nicht[40]. Neben den wirtschaftspolizeilichen Massnahmen sind demnach wirtschaftspolitische Förderungsmassnahmen des Bundes und der Kantone (soweit sie nicht Zwangscharakter haben) mit der HGF vereinbar.

Der traditionelle Polizeibegriff hat im Laufe der Zeit stark an Kontur verloren; er beschränkte sich nicht mehr allein auf eine negative Tätigkeit (Gefahrenabwehr), sondern schloss mehr und mehr auch positive Sozialgestaltung mit ein. Für diese

wirtschaftspolitischen Massnahmen im schweizerischen Recht, St. Galler Dissertation, Winterthur 1974, S. 271.

37 Wirtschaftspolitische Massnahmen schicken sich nach Ansicht von Huber an, das System der freien Marktwirtschaft zu beseitigen oder zu korrigieren. wobei Huber wohl allein strukturpolitische Eingriffe im Auge hat (Huber H., Grundrechte, a.a.O., S. 224).

38 Marti H., HGF, S. 154.

39 Bereits an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Gestaltung der Wirtschaft durch hoheitliche Lenkung nicht nur unmittelbar (durch Verbote, Gebote und Rechtseingriffe), sondern auch mittelbar durch Berücksichtigung der Motive und Beeinflussung der Entscheidungsgrundlagen geschehen kann (vgl. Schmidt-Rimpler W., Wirtschaftsrecht, HDSW, Band 12, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1965, S. 705).

40 Gygi F., Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 1970, S. 269, 363; Marti H., HGF, S. 155; Burckhard U.,Von der Funktion des Banken- und Krisenartikels der Bundesverfassung im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung, St. Galler Diss., Winterthur 1974, S. 293. Schmid (S. 288 ff.) spricht von wirtschaftspolitischen Massnahmen im engeren und weiteren Sinn.

Ausweitung des Polizeibegriffs macht JOST folgende Gründe verantwortlich: die Unbestimmtheit der Polizeigüter; die teilweise zukunftsgestaltende Wirkung aller Polizeimassnahmen; den Zwang zur abstrakten Regelung von Tatbeständen in der Spezialpolizeigesetzgebung; die gestaltende Wirkung der Präventivpolizei (bedingt durch das frühzeitige Eingreifen); und schliesslich die Tatsache, dass bei der umfassenden Regelung eines Sachgebietes meist mehrere Zwecke verfolgt werden[41]. Entscheidend für die Ausdehnung des Begriffs war aber wohl das Bestreben, den Kantonen die Kompetenz zu verschaffen, eine massvolle Sozialpolitik zu betreiben[42]. Mit dem Entscheid GRIESSEN kehrte das Bundesgericht zum traditionellen Polizeibegriff zurück; es erklärt nun aber neben wirtschaftspolizeilichen auch soziale und sozialpolitisch motivierte kantonale Eingriffe als mit der HGF vereinbar[43,44]. Dadurch wurde eine neue Kategorie von Massnahmen geschaffen und die traditionelle Einteilung in wirtschaftspolitische und wirtschaftspolizeiliche Eingriffe durchbrochen[45]. Nach wie vor bleiben aber den Kantonen protektionistische wirtschaftspolitische Massnahmen versagt[46]. Der Bund darf wirtschaftspolitische Eingriffe vornehmen, wenn er sich auf eine Ausnahmebestimmung der Verfassung stützen kann[47].

Die Bundesverfassung lässt allerdings nicht nur wirtschaftspolitische Massnahmen des Bundes zu, die sich auf Art. 31 bis Abs. 3 BV stützen. Der Bund kann vielmehr auch aufgrund anderer Kompetenznormen Wirtschaftspolitik betreiben; und zwar selbst dann, wenn diese Bestimmungen Abweichungen von der HGF nicht ausdrücklich vorsehen[48]. Die Zulässigkeit wirtschaftspolitischer Massnahmen wird nach überlieferter Lehre und Praxis einseitig nach ihrer Übereinstimmung mit der HGF beurteilt[49]. Die wirtschaftspolitischen Kompetenzen und die die Wirtschaftsordnung konstituierenden Prinzipien werden jeweils in Beziehung zur HGF gesetzt. Die dem Bund zustehenden Kompetenzen zur Regelung des Geldumlaufs (Art. 39 BV) ermächtigen diesen nach der herrschenden Lehre nicht, Massnahmen zu ergreifen, die von der HGF abweichen. So war denn der Bund auch verschiedentlich veranlasst, über Dringlichkeitsrecht (Art. 89bis Abs. 3 BV) von der verfassungsmässigen Ordnung abzuweichen, um konjunkturpolitische Massnahmen ergreifen zu können. Deshalb sieht der neue Konjunkturartikel (Art. 31quinquies BV) auch ausdrücklich vor, dass bei Massnahmen auf den Gebieten des Geld- und

41 Jost A., Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 438, Bern 1975, S. 110 ff., 107.
42 Vgl. Saladin P., a.a.O., S. 238 ff.
43 BGE 97 I 499, 506; bestätigt in BGE 99 Ia 373, 619; 101 Ia 486.
44 Im Spielautomatenfall (BGE 101 Ia 44) wurde ausserdem eine Beschränkung der HGF aus kontrolltechnischen Gründen zugelassen.
45 Vgl. Jost A., a.a.O., S. 107, 112 f.; Schmid H., a.a.O., S. 314.
46 Vorbehalten bleiben die kantonalen Regale (Art. 31 Abs. 2 BV).
47 Marti H., HGF, S. 90.
48 Gygi F., Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, S. 309 ff.; Christen H.P., Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus, St. Galler Diss., Zürich und St. Gallen 1970, S. 280 ff.; a.M. Marti, HGF, S. 89.
49 Vgl. Schmid H., a.a.O., S. 319.

Kreditwesens, der öffentlichen Finanzen und der Aussenwirtschaft nötigenfalls von der HGF abgewichen werden könne. Demgegenüber vertritt GYGI die Auffassung, dass die Verfassungsbestimmungen, welche die Gesamtwirtschafts- und Sozialpolitik des Bundes festlegen, grundsätzlich auf der gleichen Stufe wie die HGF stehen; nichts spricht seiner Meinung nach dafür, dass der HGF eine bevorzugte Stellung zukommt[50]. Sie ist vielmehr auf die private Erwerbstätigkeit ausgerichtet und darauf beschränkt. Es muss deshalb grundsätzlich nicht überprüft werden, ob die auf eine solche Kompetenznorm gestützten Massnahmen mit der HGF vereinbar sind. In der Tat ist nicht einzusehen, wie die Nationalbank die Aufgaben der Regelung des Geldumlaufs und der Führung einer dem Landesinteresse dienenden Kredit- und Währungspolitik erfüllen soll, ohne dass man ihr die dazu notwendigen Mittel und Kompetenzen überträgt. Ohne wirksames Notenbankinstrumentarium, das zwar in verschiedenen Bereichen die HGF der Banken tangiert (Kreditbeschränkung, Emissionskontrolle, Mindestreservepolitik), lässt sich aber keine Geld- und Kreditpolitik betreiben, so dass der Notenbankartikel folgerichtig den Einsatz dieser Instrumente decken muss[51]. Diese Ansicht scheint sich denn auch allmählich durchzusetzen, wurde doch der Revisionsentwurf für das Nationalbankgesetz ursprünglich (d.h. bevor der Konjunkturartikel von Volk und Ständen angenommen wurde) allein auf Art. 39 BV abgestützt.

Nach der von GYGI vertretenen Meinung sind die Verfassungsinhalte, welche die Gesamtwirtschaftspolitik festlegen, allgemein als Vorbehalte der HGF zu betrachten. Dem Bund und den Kantonen sollen lediglich strukturpolitisch-interventionistische Vorkehren verwehrt werden, soweit sich diese nicht auf Art. 31bis Abs. 3 lit. a, b BV stützen lassen[52].

Es ist umstritten, ob der *Bankenartikel* (Art. 31quater BV) nur wirtschaftspolizeiliche Vorschriften zulässt oder ob auch er als Grundlage wirtschaftspolitischer, von der HGF abweichender Vorschriften, herangezogen werden kann[53]. Sollte der Bankenartikel sich lediglich auf polizeiliche Bestimmungen beziehen, so wäre er (wie MARTI annimmt) überflüssig, da diese ebenso gut auf Art. 31bis Abs. 2 BV basieren können[54]. In der Tat sollte Art. 31quater BV primär eine Verfassungs-

50 Gygi F.,Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, S. 362 f. Diese Ansicht wird neuerdings auch vom Bundesgericht vertreten: BGE 99 Ia 604 ff., 618.

51 Vgl. dazu auch: Stopper E., Der Ausbau des Instrumentariums der Schweizerischen Nationalbank, in: Bankwirtschaftliche Forschungen Band 1, Bern und Stuttgart 1969, S. 45; Gygi F., Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, S. 327; Ehrsam P., Die Verfassungsgrundlage für den Ausbau des Instrumentariums der Nationalbank, WuR 1967, S. 96; Marti H., Wirtschaftsfreiheit, S. 156 f.; a.M. von Castelberg G., Die Verfassungsmässigkeit variierbarer Pflichtreservesätze der Banken, ZSR 1951, S. 290; ebenso Kleiner B., Die Gesetzgebung über das Bankwesen in Bund und Kantonen, Zürich 1972, S. 104.

52 Gygi F., Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, S. 324, 365, 380 f.; Gygi F./Schluep W.R., Schweizerisches Wirtschaftsrecht, in: Gerd Rinck (Hrsg.), Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a.M./Berlin 1971, S. 97; Hingegen hält Christen die HGF gegenüber der Wirtschaftspolitik als grundsätzlich offen (S. 296 ff., 308).

53 Huber H., Gutachten, S. 20; Burkhard U., a.a.O., S. 98; Ehrsam P., a.a.O., S. 106; Schürmann L., Der Bankenartikel in der Bundesverfassung, WuR 1958, S. 83 f.

54 Marti H., HGF, S. 93; vgl. auch: Fleiner F./Giacometti Z., S. 294.

grundlage für das Bankengesetz bilden, nachdem der frühere Art. 34ter BV weggefallen war. Denn es bestand die (richtige) Ansicht, bestimmte Vorschriften des Bankengesetzes enthielten Abweichungen von der HGF, für die Art. 31bis Abs. 3 BV keine Grundlage abgeben könne, da sie im Interesse der Volkswirtschaft und nicht im Interesse der Banken erlassen wurden (Art. 8, 10 BaG)[55]. Man könnte nun durchaus die Auffassung vertreten, dass der Bankenartikel, wenn er als konstitutionelle Basis für einzelne wirtschaftspolitische Bestimmungen dienen sollte, auch weitere derartige Eingriffe (v.a. kapitalmarktpolitische) zulasse[56]. Aus der Stellung des Bankenartikels im Rahmen der revidierten Wirtschaftsartikel[57] und auch aus der Entstehungsgeschichte[58] muss aber eindeutig geschlossen werden, dass diese Verfassungsvorschrift nur diejenigen wirtschaftspolitischen Massnahmen zulässt, die schon bei seiner Entstehung im Bankengesetz enthalten waren[59]. Ohne eine solche Bindung an die HGF würden Eingriffe in das Bankwesen ermöglicht, die eine freie Erwerbstätigkeit in diesem Wirtschaftsbereich völlig unterbinden könnten. Dies aber war nie die Absicht des Bundesverfassungsgebers. Weitere wirtschaftspolitische Massnahmen sind demnach im Bankengewerbe nur im Rahmen von Art. 39 BV (Kredit- und Währungspolitik), Art. 31quinquies (Konjunkturpolitik) und Art. 31bis Abs. 3 lit. a BV (Strukturpolitik) zulässig.

Schliesslich ist zu beachten, dass wirtschaftspolizeiliche Eingriffe wirtschaftspolitische *Nebenwirkungen* entfalten können und umgekehrt. Im Einzelfall kann es praktisch unmöglich sein, eine Massnahme als wirtschaftspolizeiliche oder wirtschaftspolitische einzustufen, da die Verwaltung auch ursprünglich polizeiliche Bestimmungen bewusst in den Dienst wirtschaftspolitischer Ziele stellen kann[60]. Als alleiniges Abgrenzungskriterium ist daher der angestrebte (wirkliche) Zweck anzusehen[61]. Dabei kommt es jedoch im allgemeinen auf einen überwiegenden Zweck an, denn die verschiedenen Erlasse verfolgen gleichzeitig mehrere Zwecke.

55 Sten. Bull. 1939 NR, S. 99.

56 Huber H., Gutachten, S. 20; Burckhard U., a.a.O., S. 98; Ehrsam P., a.a.O., S. 106; Schürmann L., Bankenartikel, S. 83 f.

57 Imboden M., Gutachten, S. 7; Marti H., Wirtschaftsfreiheit, S. 157; a.M. Schürmann L., Bankenartikel, S. 83.

58 So wurde der Abs. 3, der ausnahmsweise Abweichungen von der HGF zugelassen hätte, in der parlamentarischen Beratung gestrichen. Vgl. Sten. Bull. NR 1939, S. 532 f.; StR 1939, S. 389 ff.; Sten. Bull. NR 1945, S. 575 ff. Dazu Kleiner B., a.a.O., S. 17 f. mit Verweisen; so auch: Nef H., Gutachten, S. 2; Marti H., HGF, S. 92.

59 Marti H., Wirtschaftsfreiheit, S. 157.

60 So wurden beispielsweise die Bestimmungen über die Abzahlungsgeschäfte in den Dienst der Kreditpolitik gestellt (vgl. Jost A., a.a.O., S. 106; Schmid H., a.a.O., S. 296 f.).

61 Kaufmann O.K., Die revidierten Wirtschaftsartikel der schweizerischen Bundesverfassung und das geltende Wirtschaftsrecht, in: Festschrift für Hans Nawiasky, Einsiedeln/Zürich/Köln 1950, S. 43 ff.; vgl. auch: Marti H., HGF, S. 101 ff.; Fleiner F./Giacometti Z., a.a.O., S. 303; Junod Ch.A., Problèmes actuels de la constitution économique suisse, ZSR 1970, S. 640; Gygi F., Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, S. 269; Schmid H., a.a.O., S. 300 f. mit Verweisen auf die Rechtsprechung; Jost A., a.a.O., S. 108, wobei Jost auch hier Zweifel äussert.

3.5. Bedeutung und Stellung der HGF in der Wirtschaftsverfassung

In der Literatur[62] und Rechtsprechung[63] wird die Ansicht vertreten, die HGF gewährleiste das System der freien Konkurrenzwirtschaft. Nach dieser These würde die HGF eine zusätzliche institutionelle Funktion erfüllen: Die Schweiz würde demnach über eine formelle Wirtschaftsverfassung verfügen, die sich für den Wettbewerb als Koordinationsmittel entschieden hätte.

Der Entscheid für einen bestimmten Koordinationstypus (Wettbewerb, Plan, Gruppenvereinbarung) ist ein politischer Entscheid, der auf den Zielen der Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik basiert[64]. Ein Koordinationstypus muss in der Regel einer Mehrzahl von Zielsetzungen entsprechen, die keineswegs in einem harmonischen Verhältnis zueinander stehen, sondern konträr oder zumindest antinomisch sind. Nun kann aber keiner der drei möglichen Koordinationstypen in seiner idealtypischen Form dieser Anforderung genügen. Die Koordinationstypen müssen deshalb, sollen sie das Gemeinwohl bestmöglichst verwirklichen, kombiniert werden[65]. Mit andern Worten: eine dem Gemeinwohl entsprechende formelle Wirtschaftsverfassung darf sich nicht auf einen einzigen Koordinationstypus festlegen, sondern muss eine Kombination von Ordnungstypen zulassen. Diese Mischung der Koordinationstypen ist denn auch charakteristisch für die Wirtschaftsverfassungen der westlichen Staaten (mixed economy). Die Verwirklichung des in den gesamtwirtschaftlichen Zielen zum Ausdruck kommenden Gemeinwohls verlangt also nach einer offenen oder gemischten Wirtschaftsverfassung. Es gibt keinen objektiv richtigen Koordinationstypus, sondern immer nur eine in bezug auf ein gegebenes Zielsystem (mit dem ein Werturteil verbunden ist) optimale Kombination der Koordinationsmittel.

Der Wettbewerb eignet sich demzufolge nicht als umfassendes Koordinationsmittel. Er erweist sich vielmehr in verschiedenen Wirtschaftsbereichen (z.B. Landwirtschaft) als untauglich und muss in Richtung auf einen andern Koordinationstypus modifiziert, also beispielsweise durch planerische Elemente ergänzt oder ersetzt werden, wenn sich das unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohls als richtig erweist. Diesem Umstand trägt die Bundesverfassung Rechnung, indem sie neben dem Wettbewerb planerische Massnahmen (z.B. strukturpolitische Massnahmen aufgrund von Art. 31bis Abs. 3 lit. a–c BV) zulässt. Die schweizerische Staatsver-

62 Fleiner F./Giacometti Z., a.a.O., S. 283; Huber H., Grundrechte, a.a.O., S. 223; Burkhard W., Kommentar, S. 233; Widmer M., a.a.O., S. 53; a.M. Marti H., HGF, S. 28 ff.; vgl. ferner dazu: Christen H.P., a.a.O., S. 248 ff.; Schmid H., a.a.O., S. 239 ff.

63 BGE 82 II 302; 66 I 23; 59 I 61; 80 I 121 ff.; 88 I 231 ff.; zur Entwicklung der Rechtsprechung: Saladin P., a.a.O., S. 217 ff.

64 Vgl. Schluep W.R., Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festschrift für Hugo Sieber, Bern und Stuttgart 1976, S. 98 f.

65 Vgl. dazu: Schluep W.R., Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellrecht, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1975, S. 574; Schluep W.R., Wettbewerbspolitik, S. 98; Gygi F./Schluep W.R., Schweizerisches Wirtschaftsrecht, S. 91 f.

fassung ist damit nicht nur dem Konkurrenzsystem verpflichtet; sie lässt vielmehr Ausnahmen von diesem Prinzip zu, weshalb schon deshalb von einer offenen bzw. gemischten formellen Wirtschaftsverfassung gesprochen werden kann. Aber selbst in denjenigen Wirtschaftsbereichen, in denen sich der Wettbewerb als Koordinationsmittel bewährt, müssen staatliche Massnahmen (Rahmenordnung) zur Sicherung seiner Funktionstüchtigkeit oder zur Erleichterung seines Ablaufs (z.B. Börsenordnung) ergriffen werden. Diese Eingriffe bezwecken jedoch nicht die Korrektur eines Koordinationstypus; sie zielen vielmehr darauf ab, mit Hilfe des Wettbewerbs gesamtwirtschaftliche Ziele zu erreichen (Wettbewerb als staatliche Veranstaltung). Nun ist aber zu beachten, dass staatliche Massnahmen, die eine Rahmenordnung schaffen und damit die Funktionstüchtigkeit des Wettbewerbs erhalten wollen, durchaus zu einer Beeinträchtigung der HGF in bestimmten Bereichen führen können[66]. Mit solchen Eingriffen in die freie Erwerbstätigkeit wird v.a. auch das Bankwesen konfrontiert, da Massnahmen zur Beeinflussung gesamtwirtschaftlicher Grössen vielfach beim Geldkreislauf und damit in diesem Wirtschaftssektor ansetzen müssen. Die Befürwortung dieser staatlichen Massnahmen entspringt der Einsicht, dass einer staatsfreien Wirtschaft keine Automatismen innewohnen, die die Erreichung gesamtwirtschaftlicher Ziele garantieren.

Die Handels- und Gewerbefreiheit gewährleistet eine freie wirtschaftliche Betätigung, also eine *privatautonome Wirtschaftsgestaltung*[67]. Diese freie Erwerbstätigkeit führt zwar in der Regel zum Wettbewerb; dieser ist aber nicht der Zweck der Gewerbefreiheit, sondern bloss ihre Folge[68]. Die HGF ermöglicht zwar die Konkurrenz, sie garantiert aber nicht, dass sich die Marktpartner wirklich um die Wette bewerben. Sie kann insbesondere nicht verhindern, dass die Konkurrenten den Wettbewerb durch Absprachen ersetzen. Damit ermöglicht die HGF aber nicht nur den Wettbewerb, sondern auch die Gruppenvereinbarung als Koordinationsmittel (autonome Koordination). Art. 31 BV kann deshalb nicht als formelle Wirtschaftsverfassung angesehen werden, die sich für einen Koordinationstypus, nämlich die Konkurrenzwirtschaft entscheidet. Die freie Erwerbstätigkeit bildet jedoch eine notwendige Voraussetzung für eine Wirtschaftsverfassung, die den Wettbewerb als Koordinationstypus verwirklichen soll; denn ohne die individualrechtliche Zulassungs- und Ausübungsfreiheit bleibt der Wettbewerbszustand unerreichbar. Die HGF ist damit zwar eine Vorbedingung der Konkurrenzwirtschaft; jedoch keineswegs die einzige[69]. Um diesen Koordinationstypus zu konstituieren müssen vielmehr weite-

66 Die Wirtschaftspolitik beschränkt sich nicht auf die Wettbewerbspolitik, so dass auf Verfassungsstufe neben der HGF auch andern Bestimmungen wirtschaftsverfassungsrechtlicher Gehalt zukommt. So übertragen eine Reihe von Verfassungsbestimmungen dem Bund die Kompetenz, Wirtschaftspolitik zu betreiben, um die gesamtwirtschaftlichen Ziele (Vollbeschäftigung, Inflationsbekämpfung, Wachstum, aussenwirtschaftliches Gleichgewicht) zu erreichen. Dazu ausführlich: Gygi F., Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, S. 321 ff., 358 ff.; Gygi F./Schluep W.R., S. 97 ff.

67 Gygi F., Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, S. 360; Schmid H., a.a.O., S. 243; Christen H.P., a.a.O., S. 254 f.; Frey U.P., a.a.O., S. 27; Nef H., HGF, S. 8.

68 Marti H., HGF, S. 28 ff.

69 Vgl. Gygi F., Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, S. 360; Schmid H., a.a.O., S. 245.

re Voraussetzungen erfüllt sein. Soll der Wettbewerb als Koordinationsmittel taugen, muss er zusätzlich durch Normen gesichert werden, die Wettbewerbsbeschränkungen ausschliessen und einen lauteren Wettbewerb verbürgen[70].

Auch wenn die formelle Wirtschaftsverfassung offen ist, können auf Gesetzesstufe Normen existieren, die eine materielle Wirtschaftsverfassung begründen. Von grundlegender Bedeutung für eine konkurrenzwirtschaftliche Wirtschaftsverfassung sind auf Gesetzesstufe das Kartellgesetz und das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb. Ersteres soll (erhebliche) Wettbewerbsbehinderungen ausschliessen; letzteres soll durch die Verhinderung des Wettbewerbsmissbrauchs eine möglichst unverfälschte, lautere Konkurrenz sicherstellen.

Das KG ging ursprünglich von der Konzeption des möglichen Wettbewerbs aus[71]. Damit wurde der Wettbewerb zum Prinzip der Wirtschaftsordnung. Heute wird dieser mögliche Wettbewerb nur noch unter zwei Vorbehalten garantiert: eine als negativ zu beurteilende Wettbewerbsbeschränkung darf nicht durch günstige Ergebnisse kompensiert oder überkompensiert werden (Saldotheorie); ein negativer Saldo im volkswirtschaftlichen oder sozialen Bereich wird nicht durch andere Auswirkungen auf das Gemeinwohl wettgemacht (z.B. Kriegsvorsorge)[72]. Das Kartellgesetz ermöglicht damit nicht nur den Wettbewerb, sondern auch Wettbewerbsbeschränkungen und den Wettbewerbsausschluss, wenn das Gemeinwohl auf diese Weise besser verwirklicht werden kann. Eine autonome Koordination durch die Marktpartner wird nämlich dann zugelassen, wenn diese als geeigneter erscheint, das Gemeinwohl zu fördern als der Wettbewerb. Das veranlasst SCHLUEP, nicht mehr vom Konzept des "möglichen Wettbewerbs", sondern vom Leitbild des "möglichen Wettbewerbsausschlusses" zu sprechen[73]. Von einer materiellen Wirtschaftsverfassung, die eindeutig zugunsten des Wettbewerbssystems Stellung nimmt, kann daher keine Rede mehr sein. Immerhin muss aber aus dem Bestehen des KG und des UWG gefolgert werden, dass ein funktionierender, lauterer Wettbewerb grundsätzlich erwünscht ist.

4. Polizeiliche Schranken des Bankmarketings

4.1. Prinzipien des Polizeirechts

Bevor auf die polizeilichen Schranken des Bankmarketings im einzelnen eingetreten wird, sollen kurz die Begrenzungen der Polizeitätigkeit in Erinnerung gerufen werden. Ihnen kommt die Aufgabe zu, diese staatliche Betätigung nicht ungebunden erscheinen zu lassen, sondern im Interesse der Freiheit des Einzelnen zu beschränken.

70 Schluep W.R., Schweizerische Wettbewerbspolitik, S. 96.
71 Botschaft, BBl 1961, S. 8, 58.
72 Schluep W.R., Schweizerische Wettbewerbspolitik, S. 126.
73 Schluep W.R., Schweizerische Wettbewerbspolitik, S. 123.

Gewerbepolizeiliche Eingriffe in die Erwerbstätigkeit (und damit auch in die Marketingaktivitäten der Kreditinstitute) müssen grundsätzlich auf einer *gesetzlichen Grundlage* beruhen. Beschränkungen der freien wirtschaftlichen Tätigkeit sind nur mit gesetzlicher Ermächtigung zulässig (Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung)[74]. Allerdings finden Polizeivorschriften ihre Grundlage nicht nur in Spezialpolizeigesetzen, sondern auch in der polizeilichen Generalklausel. Diese ist in der Bundesverfassung und in den Verfassungen der meisten Kantone ausdrücklich verankert. In einzelnen Kantonen beruht sie hingegen auf Gewohnheitsrecht[75]. Da das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung durch die Generalklausel nur noch formell gewahrt wird, sind Eingriffe auf dieser Grundlage nur unter zwei Voraussetzungen möglich: einerseits muss eine unmittelbare und ernstliche Störung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung vorliegen; andererseits ist zeitliche Dringlichkeit erforderlich[76]. Die polizeiliche Generalklausel darf dann nicht angerufen werden, wenn ein Spezialpolizeigesetz vorliegt, da allgemein angenommen wird, dass ein solches ein bestimmtes Gebiet abschliessend ordne[77].

Polizeiliche Eingriffe sind nur statthaft, wenn ein *öffentliches Interesse* nachgewiesen werden kann. Massgebend für das Vorliegen eines solchen ist, ob ein für das Gemeinwohl entscheidender Wert (Polizeigut) in Frage steht, den es gegen Gefahren zu schützen gilt[78]. Die Polizei darf grundsätzlich nicht im Interesse Privater tätig werden. Zu beachten ist jedoch, dass das öffentliche Interesse schon gegeben ist, wenn ein Einzelner in seinen polizeilichen Gütern verletzt wird.

Die gesetzliche Grundlage und das Vorliegen eines öffentlichen Interesses genügen indessen noch nicht, um einen polizeilichen Eingriff als rechtmässig erscheinen zu lassen. Vielmehr müssen die Massnahmen der jeweiligen Gefahrenlage angemessen sein und die Freiheitsrechte möglichst schonen[79]. Das *Prinzip der Verhältnismässigkeit* verlangt dreierlei: Die staatliche Zielsetzung muss einmal eine Freiheitsbeeinträchtigung überhaupt zu rechtfertigen vermögen; die angewandten Mittel müssen ferner geeignet sein, die angestrebten Ziele zu erreichen; und schliesslich dürfen die Massnahmen nicht weiter gehen als unbedingt erforderlich. Die staatlichen Massnahmen müssen also einen gewissen Erfolg versprechen und dürfen die Freiheit nicht stärker als nötig beschränken. Der Zweck muss in einem angemessenen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln stehen; d.h. die Schwere des Eingriffs hat sich nach dem zu schützenden Wert zu richten.

Die Polizei hat bei der Gefahrenabwehr grundsätzlich *gegen den Störer* vorzugehen. Sie darf sich nur im Notstand an den Nichtstörer wenden. Als Störer gilt aber nicht nur, wer eine polizeiliche Vorschrift selbst übertritt oder missachtet.

74 In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur HGF hat das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage bisher eine eher geringe Rolle gespielt. Dazu: Saladin P., a.a.O., S. 246 f., 367 f.
75 Imboden M., Band I, S. 86; BGE 92 I 32 ff.
76 Imboden M., Band I, S. 87; BGE 92 I 35; 83 I 117 ff.
77 Schwarzenbach H.R., a.a.O., S. 152.
78 Saladin P.V., a.a.O., S. 180.
79 Jost A., a.a.O., S. 87; Dürr R., Die polizeiliche Generalklausel, Zürcher Diss. 1967, S. 44; Saladin P., a.a.O., S. 243.

Es ist durchaus mit dem Störerbegriff vereinbar, dass auf frühere Glieder der Verursacherkette zurückgegriffen wird. So wird derjenige, der es in Kauf nimmt, dass andere durch sein an sich nicht rechtswidriges Verhalten zur Übertretung von polizeilichen Vorschriften veranlasst werden, ebenfalls als Störer betrachtet[80].

Wirtschaftspolizeiliche Eingriffe sollen ferner *wettbewerbsneutral* sein, Sie sollen nicht bestimmte Wirtschaftssubjekte benachteiligen und dadurch ungleiche Wettbewerbsverhältnisse schaffen[81]. Die Wettbewerbsneutralität wird aus der Rechtsgleichheit (Art. 4 BV), aber auch aus Art. 31 BV abgeleitet[82]. Das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen kann jedoch zu einem Konflikt mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip führen, da aus Gründen der Rechtsgleichheit eine Beschränkung der Gewerbefreiheit unter Umständen weiter gehen muss, als zur Erreichung des angestrebten Zwecks erforderlich wäre[83]. Allgemein ist aber festzuhalten, dass eine völlige Wettbewerbsneutralität in der Praxis nicht möglich ist. Wohl können die polizeilichen Eingriffe die Marketinginstrumente der Marktpartner den gleichen Beschränkungen unterwerfen[84]. Trotzdem wird ein solcher Eingriff zu einer ungleich starken Benachteiligung einzelner Wettbewerber führen, da den einzelnen Instrumenten von den verschiedenen Unternehmungen eine unterschiedliche Bedeutung beigemessen wird. Jeder polizeiliche Eingriff, der einzelne Marketingmittel tangiert, wird bestimmte Wettbewerber besonders hart treffen; nämlich diejenigen, welche das Schwergewicht ihrer Absatzbemühungen gerade auf diese Mittel gelegt und dort einen Wettbewerbsvorsprung erarbeitet haben (z.B. günstiger Preis, neues Vertriebssystem, neue Produktgruppe). Auf der andern Seite wird es regelmässig Konkurrenten geben, für die sich die Beschränkung nur unwesentlich auswirkt, weil die betroffenen Mittel in ihrem Marketing-Mix eine untergeordnete Rolle spielen. Ähnlich können sich die unterschiedlichen kantonalen Vorschriften auswirken[85].

4.2. Polizeilich geschützte Rechtsgüter

Als Polizeigüter gelten diejenigen Rechtsgüter, welche die öffentliche Ordnung und Sicherheit konstituieren und von denen Gefahren abzuwenden die Polizei verpflich-

80 Jost A., a.a.O., S. 70; Schwarzenbach H.R., a.a.O., S. 155; Grisel A., Droit administratif suisse, Neuenburg 1970, S. 340; BGE 91 I 147; 99 Ia 511.
81 Vgl. Gygi F., a.a.O., S. 364.
82 Huber H., Die Gleichbehandlung der Gewerbegenossen, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 447 ff.
83 BGE 91 I 98; 86 I 272; Kritik dieser Rechtsprechung bei Marti, HGF. S. 134 f.; dazu grundlegend: Huber H., Gleichbehandlung der Gewerbegenossen, S. 447 ff.
84 Vgl. Huber H., Gleichbehandlung der Gewerbegenossen, S. 447 mit Verweisen; Allemann H., Die Handels- und Gewerbefreiheit – wankende Säule unserer Wirtschaftsverfassung, WuR 1973, S. 4 f.
85 Vgl. Marti, HGF, S. 71; Jost, a.a.O., S. 21, 102.

tet ist[86]. In der Regel werden der Schutz der öffentlichen Ordnung, namentlich der öffentlichen Gesundheit, Ruhe, Sicherheit, Sittlichkeit sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als polizeilich geschützte Güter angeführt[87]. Diese Aufzählung ist aber nicht abschliessend, denn die üblicherweise aufgeführten Polizeigüter sind keineswegs die einzigen Elemente der öffentlichen Ordnung, deren Schutz erforderlich ist[88]. In einer dynamischen, sich wandelnden Gesellschaft kann im Laufe der Zeit der Schutz neuer Polizeigüter aktuell werden, während andere Rechtsgüter nicht mehr in gleichem Masse schutzbedürftig sind (z.B. öffentliche Sittlichkeit)[89].

Im Bankengewerbe stehen die polizeilichen Vorschriften zum *Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr* im Vordergrund. Das Bankengesetz enthält vor allem Bestimmungen, die dem Schutz der Gläubiger dienen (Polizeierlaubnis zum Führen einer Bank, Vorschriften über Firma, Reklame etc.). Aber auch die kantonalen Erlasse, die die Geschäftstätigkeit der Banken regeln, zielen in erster Linie auf den Schutz von Treu und Glauben ab (Preisvorschriften bei Krediten, Wertpapierhandel). Diese polizeilichen Vorschriften dienen nicht nur den Interessen der Bankgläubiger, die vor Verlusten geschützt werden sollen. Sie stehen letztlich im Interesse der Banken selbst, da Bankzusammenbrüche und unseriöses Gebaren einzelner Wettbewerber das ganze Gewerbe in Misskredit bringen und ihm einen beträchtlichen Schaden zufügen können[90]. Die Tatsache, dass die Beziehungen zwischen einem Bankinstitut und seinen Kunden längerfristig angelegt sind und demzufolge auf einer soliden Vertrauensbasis beruhen müssen sowie die zentrale Bedeutung des Bankengewerbes für die gesamte Volkswirtschaft rufen nach einschneidenden polizeilichen Massnahmen, die das Publikum vor unlauterem Gebaren schützen.

Ausserhalb der Bankengesetzgebung wird das Bankmarketing mit den vielfältigsten Vorschriften konfrontiert, die die wirtschaftliche Tätigkeit allgemein betreffen oder die nicht-wirtschaftliche Zwecke verfolgen und dem Schutze der unterschiedlichsten Polizeigüter dienen (z.B. Verkehrssicherheit, Sittlichkeit etc.).

Strittig ist, ob das Geldwesen selbst als Polizeigut zu gelten hat. Diese, namentlich von SCHÜRMANN/JÄGGI, EHRSAM und HEINRICH vertretene Ansicht zielte darauf ab, den zur Sicherung des Geldwertes notwendigen Massnahmen (Notenbankinstrumentarium) eine tragfähige verfassungsmässige Basis zu verschaf-

86 Jost, a.a.O., S. 25; Saladin P., a.a.O., S. 344.
87 Z.B. BGE 100 Ia 175; 99 Ib 58.
88 Vgl. Marti H., HGF, S. 100 f.; Jost A., a.a.O., S. 25.
89 Marti weist darauf hin, dass das Gewerbepolizeirecht eine Gefahr, nämlich diejenige des geschäftlichen Misserfolges, nicht bannen kann, da dieses Risiko untrennbar mit der freien Erwerbstätigkeit verbunden ist (Marti H., HGF, S. 101). Hingegen rechtfertigt die Bedeutung des Bankengewerbes Bestimmungen die geeignet sind, die Banken bei der Bewältigung besonders prekärer Situationen zu unterstützen (Art. 25 ff. BaG: Fälligkeitsaufschub, Art. 29 ff. BaG: Stundung).
90 In diesem Zusammenhang sei auf das Geschäftsgebahren der IOS und auf die Vorkommnisse bei der UCB verwiesen.

fen[91]. Die Abwehr gesamtwirtschaftlicher Gefahren lässt sich jedoch nicht mit dem traditionellen Polizeibegriff vereinbaren[92]. Der Polizeibegriff hat zwar während längerer Zeit Ausweitungen erfahren; er sollte jedoch nicht mehr neu strapaziert werden, nachdem das Bundesgericht wieder zu einer engeren Begriffsauslegung zurückgekehrt ist, insbesondere deshalb nicht, weil im Notenbankartikel (Art. 39 BV) und neuerdings im Konjunkturartikel (Art. 31quinquies BV) eine tragfähige Verfassungsgrundlage für das Notenbankinstrumentarium gegeben ist.

4.3. Polizeiliche Schranken des Bundes

Art. 31bis Abs. 2 BV ermächtigt den Bund, unter Wahrung der allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerbe zu erlassen. Der Bundesgesetzgeber ist dabei an die HGF gebunden. Diese Verfassungsbestimmung stellt eine allgemeine Ermächtigung dar, gewerbepolizeiliche Beschränkungen zu erlassen. Daneben wird dem Bund in Art. 31quater Abs. 1 BV die Befugnis übertragen, Vorschriften über das Bankwesen aufzustellen. Gestützt auf diese Kompetenz hat der Bund das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8.11.1934/11.3.1971 erlassen. Polizeiliche Massnahmen, die das Bankwesen betreffen, können sich also sowohl auf Art. 31quater BV als auch auf Art. 31bis Abs. 2 BV stützen.

Im folgenden soll auf diejenigen polizeilichen Bestimmungen eingetreten werden, die sich auf die Marketingaktivitäten der Banken auswirken.

4.3.1. Beschränkung der Kredittätigkeit

4.3.1.1. Vorschriften über das Deckungsverhältnis und die Liquidität

Das Bankengesetz schreibt den Banken in Art. 4 Abs. 1 BaG vor, dafür zu sorgen, dass zwischen den eigenen Mitteln und den gesamten Verbindlichkeiten ein angemessenes Verhältnis besteht. Dieser Grundsatz, der in der Verordnung zum Bankengesetz näher umschrieben wird, gilt nicht für Privatbankiers, die sich nicht öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfehlen (Art. 4 Abs. 4 BaG). Art. 11 VO zum BaG definiert die eigenen Mittel, Art. 12 VO zum BaG die Verbindlichkeiten. Das notwendige *Deckungsverhältnis* ist prozentual festgelegt und trägt den

91 Ehrsam P., a.a.O., S. 95, 104; Schürmann L./Jäggi, Gutachten, S. 8; Heinrich P., a.a.O., S. 160 ff.

92 Kleiner B., a.a.O., S. 19; Junod Ch.A., a.a.O., S. 697; Huber H., Gutachten, S. 20; siehe auch: Schmid H., a.a.O., S. 308.

verschiedenen Bankengruppen Rechnung (Art. 13 VO zum BaG). Durch ein angemessenes Deckungsverhältnis soll verhindert werden, dass allfällige Verluste sofort zu einer Schädigung der Gläubiger führen[93]. Verluste auf den Aktiven sollen vielmehr durch die eigenen Mittel aufgefangen werden können.

Die erforderliche Höhe der eigenen Mittel richtet sich nach der Zusammensetzung der Aktiven, die den Verbindlichkeiten gegenüberstehen. Ein Vorzugssatz von 2 1/2% für Verbindlichkeiten, denen greifbare Mittel und ein solcher von 5% für Verbindlichkeiten, denen inländische Grundpfandforderungen[94] gegenüberstehen, erscheint der geringen Risiken wegen als gerechtfertigt. Privilegiert behandelt werden Kantonalbanken und Genossenschaftsbanken, für deren Verpflichtungen die Genossenschafter persönlich, unbeschränkt und solidarisch haften (Vorzugssatz von 5% gegenüber dem Normalsatz von 10% der andern Banken). Während eine Vorzugsbehandlung der Kantonalbanken *mit* Staatsgarantie nicht zu beanstanden ist, muss die Anwendung des Vorzugssatzes von 5% auch auf Kantonalbanken *ohne* Staatsgarantie auf Kritik stossen (Banque cantonale vaudoise, Crédit foncier vaudois, Caisse hypothécaire du canton de Genève)[95]. Zwar werden diese drei Banken unter Mitwirkung der kantonalen Behörden verwaltet. Dies allein bietet aber keine Gewähr dafür, dass diese Banken nicht in Schwierigkeiten geraten. Oder dass im Falle einer Zahlungsunfähigkeit die öffentliche Hand einspringen wird. Ebenso unbegründet erscheint die Privilegierung von Genossenschaftsbanken; selbst wenn die persönliche, unbeschränkte und solidarische Haftung der Genossenschafter mitberücksichtigt wird. Dies umso weniger, als die unbeschränkte Haftung bei andern Gesellschaftsformen (Kollektiv-, Kommanditgesellschaft) auch zu keiner Sonderbehandlung führt. Auch für die Privatbanken gilt (sofern sie öffentlich für die Annahme fremder Gelder werben) das gleiche Deckungsverhältnis wie für die übrigen Banken. Der in Art. 4 Abs. 4 BaG ausgedrückte Verzicht auf die Festlegung eines Eigenkapitalkoeffizienten bei Privatbanken stützt sich also nicht primär auf die besondere Rechtsform und die damit verbundenen Haftungsverhältnisse dieser Banken; er hängt vielmehr ausschliesslich mit dem speziellen Geschäftsbereich der Privatbanken, also mit dem Vorherrschen des indifferenten bilanzunwirksamen Geschäfts zusammen, das mit einem weit geringeren Verlustrisiko behaftet ist. Das Argument, dass Genossenschaften in der Regel eine grössere Mitgliederzahl aufweisen, ist nicht stichhaltig, da die Minimalzahl von 7 Mitgliedern kaum einen wirksamen Schutz der Gläubiger gewährleisten kann. Die ungleiche Behandlung der verschiedenen Bankengruppen, die z.T. kaum gerechtfertigt werden kann, führt zu einer Benachteiligung eines Teils der Wettbewerber, die sich vor allem bei

93 Kleiner B., a.a.O., S. 36; Heinrich P., a.a.O., S. 287

94 Den durch inländisches Grundpfand gesicherten Forderungen sind gleichgestellt: Forderungen gegen Bund, Kantone, Gemeinden, Kantonalbanken sowie Forderungen, die von diesen Körperschaften und Institutionen garantiert oder durch Schuldverschreibungen faustpfändlich gesichert sind (Art. 13 Abs. 3 VO zum BaG).

95 Vgl. Art. 3 Abs. 4 BaG; vgl. dazu auch Heinrich P., a.a.O., S. 290.

angespannten Verhältnissen auf dem Kapitalmarkt negativ auf deren Wettbewerbsmöglichkeiten auswirken kann[96]. Die Vorschriften über das einzuhaltende Deckungsverhältnis schränken die Aktivitäten der Banken bei gegebenen und kurzfristig nicht zu ändernden eigenen Mitteln stark ein. Ein Institut wird bei Erreichen des Deckungsplafonds daran gehindert, weitere Passivgeschäfte zu tätigen, sein Kreditvolumen auszudehnen und Umschichtungen zuungunsten privilegierter Forderungen vorzunehmen. Die Vorschriften über das Deckungsverhältnis setzen sowohl dem Aktiv- als auch dem Passivgeschäft Grenzen. Nicht betroffen werden hingegen die indifferenten Geschäfte; diese können weiterhin in unbeschränktem Umfang getätigt werden. Es besteht natürlich die Möglichkeit, die eigenen Mittel (beispielsweise durch eine Kapitalerhöhung) dem angestrebten Geschäftsumfang anzupassen, um dadurch einer Beschränkung des Angebots zuvorzukommen. Angespannte Kapitalmarktverhältnisse und restriktive kreditpolitische Massnahmen (Emissionskontrolle) können jedoch von einem solchen Vorgehen absehen lassen.

Zur Sicherstellung der Zahlungsbereitschaft der Banken enthält das BaG sodann Vorschriften inbezug auf die Liquiditätsverhältnisse. Es verwendet dabei zwei Liquiditätsbegriffe: die *allgemeine Liquidität* und die *Kassaliquidität*. Das in Art. 4 Abs. 1 lit. b BaG verlangte angemessene Verhältnis der greifbaren Mittel und leicht verwertbaren Aktiven zu den kurzfristigen Verbindlichkeiten (allgemeine Liquidität) wird in Art. 19 VO zum BaG näher beschrieben[97]. In diesem Artikel werden die obligatorischen Mindestsätze für die allgemeine Liquidität festgelegt, die *jederzeit* eingehalten werden müssen. Demgegenüber stellen die in Art. 18 BaG vorgesehenen Mindestsätze für die Kassaliquidität (Verhältnis der greifbaren Mittel zu den kurzfristigen Verbindlichkeiten) Richtsätze dar, die "ordentlicherweise" einzuhalten sind[98]. Unterschreitungen sind bei starker Zahlungsbeanspruchung zulässig, müssen aber rasch behoben werden. Die Banken sind ferner verpflichtet, periodisch – je nach Höhe der Bilanzsumme viertel- oder halbjährlich bzw. jährlich – einen Liquiditätsausweis nach einem vorgeschriebenen Schema zu erstellen (Art. 20 BaG). Die vom BaG verlangte Liquidität muss aber ständig und nicht nur an diesen Stichtagen vorhanden sein[99]. Die strengen Liquiditätsvorschriften schränken die Wettbewerbsmöglichkeiten in erheblichem Masse ein. Die Bank muss stets darauf bedacht sein, dass die von ihr unterhaltenen greifbaren Mittel und kurzfristig realisierbaren Aktiven in dem Masse vorhanden sind, dass die gesetzlichen Mindestsätze eingehalten werden. Diese Vorschrift schränkt den Umfang des Aktivgeschäfts

96 Allerdings kann die Bankenkommission bei Vorliegen besonderer Fälle Erleichterungen von den Richtlinien des Art. 13 VO zum BaG zulassen, aber auch Verschärfungen anordnen Art. 4 Abs. 4 BaG.

97 In Art. 15 VO zum BaG werden die greifbaren Mittel, in Art. 16 VO zum BaG die leicht verwertbaren Aktiven und in Art. 17 VO zum BaG die kurzfristigen Verbindlichkeiten umschrieben.

98 Vgl. Kleiner B., a.a.O., S. 37; Reimann R., Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, 3. Auflage, Zürich 1963, S. 143 f.

99 Reimann R., a.a.O., S. 144.

und die Flexibilität der Bank ein. Daneben wirkt sich die gesetzliche Umschreibung der greifbaren Mittel und leicht verwertbaren Aktiven auf die Art der Aktivgeschäfte und damit auf die Zusammensetzung des Sortiments der Kreditinstitute aus.

Durch die Vorschriften über die eigenen Mittel und die Liquidität wird der Einsatz der absatzpolitischen Instrumente (die Absatzdurchführung) nicht direkt betroffen. Die Bestimmungen wirken sich in erster Linie auf die Marketingziele aus. Die Umsatz- und Marktanteilsziele müssen (im Interesse des Gläubigerschutzes) auf die eigenen Mittel abgestimmt werden und dürfen die Liquiditätsvorschriften nicht ausser Acht lassen. Die Beschränkung der Marketingziele wirkt sich auch auf die Zusammensetzung und die Gewichtung des Marketing-Mixes aus. Besonders die Sortimentsgestaltung muss auf die (eventuell revidierte) Zielsetzung ausgerichtet werden. Die eigentliche Absatzdurchführung wird allerdings erst in Zeiten angespannter Liquidität und bei Erreichen des zulässigen Deckungsverhältnisses tangiert. In einer solchen Situation können nämlich bestimmte Sortimentsteile nicht mehr oder lediglich in beschränktem Umfang angeboten werden, obwohl der Markt an sich aufnahmefähig wäre[100]. Die Beschränkung bestimmter Sortimentsteile zeitigt aber auch Auswirkungen auf den Einsatz der Werbung. Die Werbeanstrengungen müssen aus internen Gründen auf andere Werbeobjekte verlagert werden (auf indifferente Geschäfte; bei einem Liquiditätsengpass auf Passivgeschäfte). Die Werbung wird damit zu einem Führungsinstrument, mit der die Unternehmungsleitung auf die internen Gegebenheiten reagiert, um beispielsweise die Geldströme so zu lenken, dass die vorgeschriebenen Verhältnisse eingehalten werden können.

4.3.1.2. Klumpenrisiken

Art. 4bis BaG verbietet Klumpenrisiken in Ausleihungen und Beteiligungen. Die Ausleihungen der Bank an einzelne Kunden sowie die Beteiligung an einem einzelnen Unternehmen müssen in einem angemessenen Verhältnis zu den eigenen Mitteln stehen. Diese Vorschrift bezweckt eine breite Risikostreuung der Banken im Interesse ihrer Gläubiger. Das Schicksal eines Bankinstituts soll mit andern Worten nicht auf Gedeih und Verderben von der Zukunft einiger weniger Kunden abhängig sein. Unter die entsprechenden Bestimmungen fallen auch Ausleihungen an rechtlich selbständige Unternehmungen, die über Beteiligungen miteinander verbunden sind[101]. Dabei sind nach Art. 21 Abs. 5 VO zum BaG rechtlich selbständige Per-

100 Bei Erreichen des Deckungsverhältnisses können die Passivgeschäfte nur noch in *dem* Rahmen betrieben werden, wie Passivgelder von Kunden zurückgezogen werden; Aktivgeschäfte können nur in dem Masse abgewickelt werden, wie angeliehene Gelder zurückfliessen. Ausserdem können auf der Aktivseite Umschichtungen zugunsten privilegierter Forderungen vorgenommen werden, so dass sich der Handlungsspielraum etwas erweitert.

101 Ebenso Beteiligungen an solchen verflochtenen Unternehmungen.

sonen und Gesellschaften, die über ihr Beteiligungskapital zu mehr als 50% miteinander verflochten sind, als Einheit zu behandeln. Unternehmungen, die nicht über ihr Beteiligungskapital miteinander verbunden sind, sondern über gemeinsame Unternehmungen verfügen (joint ventures), werden indessen durch diese Vorschriften nicht erfasst. Dies obwohl solche Unternehmungen, die bestimmte Unternehmungsfunktionen (z.B. Vertrieb, Forschung) ausgegliedert und auf eine gemeinsame Tochtergesellschaft übertragen haben, risikomässig eng miteinander verbunden sind. Ebenfalls nicht unter Abs. 4bis BaG fällt eine einseitige Risikoverteilung auf bestimmte Branchen oder Regionen.

Durch die Bestimmungen des Art. 4bis BaG wird das Banksortiment insoweit betroffen, als die Marktleistungen, die dem Aktivgeschäft zuzurechnen sind, einzelnen Kunden (im Interesse eines Risikoausgleichs) nur bis zu einem bestimmten Umfang erbracht werden dürfen. Der Umfang dieser Leistungen richtet sich einerseits nach dem Risikograd des Geschäfts, andererseits nach den eigenen Mitteln[102].

Wenn diese Leistungen nicht angeboten werden können, scheiden möglicherweise einzelne Gruppen als Kunden der Bank zum vornherein aus, da sich ihre finanziellen Bedürfnisse nicht voll befriedigen lassen. Zudem muss befürchtet werden, dass auch bisherige Kunden nicht im gewünschten Umfang bedient werden können. Die Höchstwerte können deshalb dazu führen, dass ein Geschäft nicht allein abgeschlossen werden kann, so dass eine Bank unter Umständen gezwungen wird, ein Konkurrenzinstitut zur Mitbeteiligung an einem Kreditgeschäft heranzuziehen. Dadurch kann ein Institut seine Stellung als alleinige Hausbank einbüssen.

Die Beschränkung des Leistungsangebots wirkt sich primär auf die Marketingzielsetzung der Bank aus. Da gewisse Bedürfnisse bestehender und potentieller Kunden nicht mehr befriedigt werden können, drängt sich eine Anpassung der längerfristigen Ziele auf: Die zu bearbeitenden Marktsegmente müssen auf die Leistungsmöglichkeit der Bank abgestimmt werden. Nun ist in diesem Zusammenhang präzisierend zu erwähnen, dass Klumpenrisiken nicht allgemein und zum vornherein verboten sind. Werden die zulässigen Höchstwerte überschritten, so muss vorerst lediglich der Bankenkommission Meldung erstattet werden. Diese kann nach Prüfung des Einzelfalls verlangen, dass die Ausleihungen auf den zulässigen Umfang reduziert werden. Die vom Bundesrat in der Verordnung zum Bankengesetz festgelegten Verhältniszahlen sind keine absoluten Grenzen der zulässigen Geschäftstätigkeit. Ihre Überschreitung ermächtigt aber die Bankenkommission zum Einschreiten. Ob gegebenenfalls eine Senkung des Grossrisikos zu verlangen ist und in welchem Umfang, liegt im Ermessen der Bankenkommission (BGE 99 Ib 410). So oder so wird aber auch die Absatzdurchführung durch die Begrenzung der Risiken direkt beeinflusst. Schliesslich ist zu beachten, dass sich diese Vorschrift auch auf die Distribution der Bank auswirken kann, da die Marktleistungen nicht in grösserem Umfang über Beteiligungen (Tochtergesellschaften, gemeinsame Unter-

102 Art. 21 VO zum BaG enthält die nach Risikograd abgestuften Plafonds für die Ausleihungen an einzelne oder mehrere unter sich finanziell verbundene Kunden.

nehmen) abgesetzt werden können. Dadurch wird verunmöglicht, dass wesentliche Sortimentsteile auf rechtlich selbständige Gesellschaften verlagert werden. Allerdings ist es zulässig, verschiedene Marktleistungen über mehrere Tochtergesellschaften abzusetzen. Die Beteiligungen an den einzelnen Gesellschaften dürfen jedoch 20% der eigenen Mittel nicht übersteigen (Art. 21 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 lit. d VO zum BaG); die Tochtergesellschaften dürfen ausserdem nicht untereinander verbunden sein.

4.3.1.3. Organkredite

Kredite an Mitglieder der Bankorgane, an massgebende Aktionäre sowie an die ihnen nahestehenden Personen und Gesellschaften dürfen nach Art. 4ter BaG nur nach allgemein anerkannten Grundsätzen des Bankengewerbes gewährt werden. Das besagt, dass die unter diese Vorschrift fallenden Kunden nicht wegen ihrer besonderen Beziehung zur Bank bevorzugt werden dürfen. Der Einfluss auf die Willensbildung und den Entscheidungsprozess des Instituts soll nicht dazu missbraucht werden können, sich ungerechtfertigte Vorteile zu verschaffen. Dadurch soll einer finanziellen Ausbeutung der Bank vorgebeugt werden[103]. Es ist im folgenden zu prüfen, welcher Kundenkreis durch diese Vorschrift betroffen wird und was unter allgemein anerkannten Grundsätzen des Bankengewerbes zu verstehen ist.

Im Privatrecht werden diejenigen Personen als *Organe* bezeichnet, die für eine juristische Person selbständig Verwaltungs- und Vertretungsbefugnisse ausüben[104] [105]. Als Organe gelten demnach Personen, die tatsächlich und in entscheidendem Masse an der Entscheidungsbildung der Unternehmung oder eines Unternehmungsteils mitwirken und als Träger des Gesellschaftswillens nach aussen in Erscheinung treten. Organcharakter kommt nicht nur den gesetzlichen Organen (z.B. Verwaltung, Kontrollstelle), sondern auch andern Personen zu, die tatsächlich und in massgebender Weise an der Bildung des Verbandswillens mitwirken, bzw. die Gesellschaft nach aussen vertreten oder als Träger des Gesellschaftswillens erscheinen[106] [107].

103 Botschaft, BBl 1970 I, S. 1172.

104 Guhl T./Merz H./Kummer M., Das schweizerische Obligationenrecht, 6. Auflage, Zürich 1972, S. 621.

105 Es ist zu beachten, dass neben natürlichen auch juristische Personen Organfunktionen ausüben können (vgl. Nägeli E., Die Doppelgesellschaft, Zürich 1936, 1941; Schluep W.R., Privatrechtliche Probleme der Unternehmungskonzentration und -kooperation, ZSR, 1973, II. Halbband, S. 470 ff.).

106 Tuor P./Schnyder B., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Auflage, Zürich 1975, S. 110; BGE 96 I 479; 87 II 187; 81 II 226.

107 Bei der Kollektivgesellschaft berechtigt und verpflichtet der nach aussen auftretende, zur Vertretung befugte Gesellschafter durch sein Handeln die Gesellschaft (wenn sein Handeln durch den Gesellschaftszweck gedeckt ist und wenn er ausdrücklich oder nach den Umständen im Namen der Gesellschaft auftritt). Auch dieser Kollektivgesellschafter ist als Organ zu betrachten.

Das BaG enthält keine eigene Legaldefinition des Organs. Deshalb liegt es nahe, auf den Organbegriff des Privatrechts zurückzugreifen. Dieser darf allerdings nicht ohne weiteres auf das BaG übertragen werden. Vielmehr sind die in einem Verwaltungsgesetz enthaltenen Begriffe des Zivilrechts jeweils unter Berücksichtigung der besonderen Ausgestaltung des Verwaltungsrechts auszulegen. Es muss also geprüft werden, ob sich aus dem Sinn und Zweck des BaG eine abweichende Begriffsumschreibung ergibt[108]. Das ist zu verneinen. Dem BaG unterstehen mehrheitlich privatrechtlich organisierte Institute. Sie sollten schon im Interesse der Rechtssicherheit nicht mit unterschiedlichen Organbegriffen konfrontiert werden. Die Tatsache, dass auch öffentlich-rechtliche Institute dem BaG unterstehen fordert keinen andern Organbegriff. Denn die Kantonalbanken und die gemischtwirtschaftlichen Banken werden vom BaG nicht als Hoheitsträger, sondern als Wettbewerber erfasst, die sich wie die andern Banken um die Gunst der Kunden bemühen. Es ist also keine Notwendigkeit für eine andere Begriffsbestimmung ersichtlich[109]. Dies umso weniger, als im Interesse der Einheitlichkeit des Rechts nicht ohne Not von zivilrechtlichen Umschreibungen abgegangen werden sollte[110]. Deshalb dürfen nicht nur die eigentlichen gesetzlichen Organe als Organe i.S. des BaG gelten, sondern alle Personen, die Träger des Gesellschaftswillens sind, namentlich die Direktoren und Prokuristen[111].

Neben den Bankorganen werden die *massgebenden Aktionäre* ausdrücklich den Bestimmungen des Art. 4ter BaG unterworfen. Als massgebend ist ein Aktionär dann einzustufen, wenn sein Aktienpaket einen Umfang erreicht, der ihm gestattet, entscheidenden Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft zu nehmen. Dabei können keine festen Grenzen gezogen werden. Sicher kommt es aber entscheidend darauf an, wie die übrigen Aktien gestreut sind. Bei sehr breiter Streuung kann schon mit einer Beteiligung von beispielsweise 10–20% ein massgebender Einfluss ausgeübt werden, während die gleiche prozentuale Beteiligung bei andern Eigentumsverhältnissen unbedeutend sein kann. Es muss demnach im Einzelfall geprüft werden, ob die Beteiligung ausreicht, die Willensbildung in unerwünschter Weise zu beeinflussen[112].

In Art. 4ter BaG werden nur massgebliche Beteiligungen an *Aktiengesellschaften* ausdrücklich erwähnt. Diese Beschränkung des Gesetzgebers ist unverständlich, kann doch auch bei andern Gesellschaftsformen der Entscheidungsprozess über Be-

108 Imboden M., Band I, S. 134.

109 EVGE 1959 Nr. 58, S. 273 ff.; Imboden M., Band I, S. 132 f.

110 Wer bei Kantonalbanken und gemischtwirtschaftlichen Instituten als gesetzliches Organ angesehen werden muss, ergibt sich aus den diese Institute konstituierenden Erlassen.

111 BGE 68 II 301; zu weit geht meines Erachtens eine Ausdehnung des Begriffs auf das gesamte Personal wie sie Bodmer/Kleiner/Lutz (Kommentar zum Schweizerischen Bankengesetz, Zürich 1976, Art. 4ter, N. 4) vorsehen.

112 Die Bankenkommission hat bei der Anwendung des analogen Begriffs in Art. 3ter Abs. 2 BaG entschieden, dass generell alle Aktionäre mit einem Besitzanteil von 10% oder mehr des Aktienkapitals darunter fallen; bei kleineren Beteiligungen werden die Umstände gewürdigt. Vgl. Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar, Art. 4ter, N. 5.

teiligungen beeinflusst werden. Der persönliche Geltungsbereich dieses Artikels erstreckt sich insbesondere nicht auf die nicht geschäftsführenden Gesellschafter einer GmbH, die Genossenschafter sowie die Mitglieder einer Kommanditgesellschaft, die nicht unbeschränkt haften und nicht der Verwaltung angehören. Dabei besteht einzig bei den Genossenschaften (aufgrund der Stimmengleichheit) keine Gefahr einer Beeinflussung; bei den andern beiden Gesellschaftsformen ist eine solche Möglichkeit durchaus gegeben.

Neben den Bankorganen und den massgebenden Aktionären werden die diesen *nahestehenden Personen und Gesellschaften* von der Bestimmung des BaG erfasst. Darunter sind alle diejenigen Einzelpersonen und Personenmehrheiten zu verstehen, die aufgrund ihrer Beziehung zu den Entscheidungsträgern der Bank den Willensbildungsprozess beeinflussen können, sei es, dass sie aktiv auf die Organe oder die massgeblichen Aktionäre einwirken, sei es, dass sie diese lediglich zu einer nicht objektiven Risikobeurteilung veranlassen könnten. Der Kreis dieser Personen ist sehr weit zu fassen, so dass möglichst alle Einflussmöglichkeiten miteinbezogen werden. Als Beispiele können freundschaftliche sowie bestimmte vertragliche Bindungen, aber auch die Stellung in einer kreditsuchenden Gesellschaft (z.B. als Verwaltungsrat oder massgebender Aktionär) angeführt werden[113].

Bankorgane, massgebende Aktionäre und die diesen nahestehenden Personen und Gesellschaften sollen keineswegs als Kunden ausgeschieden werden. Sie dürfen nach wie vor sämtliche Kreditleistungen der Bank in Anspruch nehmen, wenn die notwendigen Voraussetzungen gegeben sind. Sie sollen nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt werden als andere Kreditsuchende[114]. Kredite dürfen aber diesen Kundengruppen nur *"nach allgemein anerkannten Grundsätzen des Bankengewerbes"* erteilt werden. Das BaG stellt also keine eigenen Regeln auf, sondern verweist auf die Geschäftsusanzen des Gewerbes. Massgebend sind die Bedingungen, die bei der Krediterteilung allgemein üblich sind. Darunter sind diejenigen Regeln zu verstehen, die sich im Bankengewerbe eingebürgert haben und denen im allgemeinen nachgelebt wird. Die Verkehrssitte wird somit zum Inhalt des Gesetzes.

Im Kreditgeschäft können die folgenden Bewilligungskriterien als allgemein üblich bezeichnet werden: die Prüfung der Kreditwürdigkeit und des Kreditzwecks, die Abstützung des Kredits auf eine dem Risiko angemessene Sicherheit, das Festlegen von angemessenen Belehnungsgrenzen (soweit diese nicht schon gesetzlich vorgeschrieben sind)[115] sowie der Abschluss des Geschäftes zu marktüblichen Bedingungen (Zins, Laufzeit, Rückzahlungsmodalitäten)[116] [117].

113 So müssen auch die nicht zur Vertretung befugten Kollektivgesellschafter, Kommanditäre und Komplementäre, als den Organen (zur Vertretung befugte Gesellschafter) nahestehende Personen betrachtet werden, da sie durch den Gesellschaftsvertrag mit diesen eng verbunden sind.

114 Botschaft, BBl 1970 I, S. 1172.

115 Gesetzlich vorgeschrieben sind Belehnungsgrenzen bei der Errichtung von Gülten, Schuldbriefen (je nach kantonaler Regelung), sowie bei der Belastung landwirtschaftlicher Grundstücke.

116 Vgl. Albisetti E./Bodmer D./Rutschi E., a.a.O., S. 102 f.

117 Hinzu kommt die Festlegung von Kreditlimiten, die die Bankenkommission indessen sowieso für alle Kunden vorschreibt.

Dem von Art. 4ter BaG erfassten Kundenkreis darf mithin keinerlei bevorzugte Behandlung zukommen, die einzig auf seinen Einfluss auf die Willensbildung der Bank zurückzuführen ist. Da jedoch Preisdifferenzierungen durchaus der preispolitischen Praxis der Banken entsprechen, können Preisermässigungen oder, was auf das Gleiche herauskommt, ungleiche Leistungsqualitäten zu gleichen Preisen auch den genannten Gruppen gewährt werden, wenn sich die Vorzugskonditionen durch die Nachfragemacht dieser Absatzpartner rechtfertigen lässt. Ebenso können Rabatte gewährt werden, wenn die nachgefragte Menge dies zulässt. Schliesslich werden den eigenen Angestellten in der Regel, aufgrund ihres engen Verhältnisses zur Unternehmung, Spezialpreise gewährt (z.B. tiefere Hypothekarzinse, höhere Sparzinse). Diese lassen sich teilweise wirtschaftlich begründen, da diese Kundengruppe nicht besonders umworben werden muss und sich zusätzliche Verkaufsanstrengungen erübrigen. Sind für die Angestellten besondere Preise vorgesehen, so können diese (im gleichen Rahmen) auch bei den leitenden Angestellten zur Anwendung kommen. Es widerspricht nicht dem Sinn und Zweck des Art. 4ter BaG, wenn die Bankorgane in dieser Beziehung den Angestellten, denen keine Organqualität zukommt, gleichgestellt werden, führt doch eine solche Gleichstellung zu keinerlei Schädigung der Gläubiger[118].

4.3.2. Beschränkung der Werbung

4.3.2.1. Innerhalb der Bankengesetzgebung

Das Bankengesetz verpflichtet in Art. 4quater die Banken, im In- und Ausland jede *irreführende* sowie jede *aufdringliche Werbung* mit ihrem *schweizerischen Sitz* oder mit *schweizerischen Einrichtungen* zu unterlassen. Diese Bestimmung war bereits im Bundesbeschluss über die Bewilligungspflicht für ausländisch beherrschte Banken (BBaB) vom 21.3.1969 enthalten. Sie hatte dort vor allem den Zweck, die marktschreierische Anpreisung schweizerischer Einrichtungen im Ausland durch ausländische Banken zu unterbinden. Dies, weil befürchtet wurde, ein solches Geschäftsgebaren könne dazu führen, dass schweizerische Einrichtungen im Ausland in zunehmendem Masse Anfeindungen ausgesetzt würden, die letztlich sogar in staatliche Massnahmen gegen unser Land ausmünden könnten[119]. Da eine solche aufdringliche oder irreführende, das Ansehen der Schweiz schädigende Werbung aber auch von schweizerischen Banken ausgehen kann, wurde die Bestimmung 1971 ins revidierte BaG übernommen.

118 Vgl. Kleiner B., a.a.O., S. 37.
119 Vgl. Botschaft, BBl 1968 II, S. 759, 764; Botschaft, BBl 1970 I, S. 1172.

Der gute Name und das Ansehen der Schweiz ist an sich kein polizeiliches Gut[120]. HEINRICH weist aber mit Recht darauf hin, dass eine aufdringliche Werbung mit schweizerischen Einrichtungen eine Aufforderung zur Verletzung in- oder ausländischer Gesetze darstellen könne und deshalb unsittlich sei[121]. Die Werbung mit dem schweizerischen Sitz oder mit schweizerischen Einrichtungen kann also dann aus polizeilichen Gründen verboten werden, wenn sie geeignet ist, gedankliche Assoziationen zwischen solchen Einrichtungen und unlauteren Zwecken zu erzeugen. Allerdings wird man die Absicht, den guten Namen der Schweiz schützen zu wollen, doch als überwiegend wirtschaftspolitische Zielsetzung charakterisieren müssen[122]. Das BaG zielt konkret darauf ab, diejenige Werbung zu unterbinden, die geeignet ist, ein falsches Bild von den Schweizer Banken und der Schweiz entstehen zu lassen[123]. Zu diesem Zweck soll die Werbetätigkeit einheimischer Institute vor allem im Ausland geregelt werden, soweit sie mit dem schweizerischen Sitz oder mit schweizerischen Einrichtungen operiert. Unter den schweizerischen Einrichtungen sind in erster Linie das Bankgeheimnis, die Nummernkonti und Steuerprivilegien zu verstehen[124]. Das BaG unterbindet jedoch nicht jede Werbung mit solchen schweizerischen Einrichtungen. Es wird vielmehr nur dann eingeschritten, wenn ein weiteres Tatbestandsmerkmal hinzukommt: die Irreführung bzw. die Aufdringlichkeit. Diese beiden Tatbestandsmerkmale stehen alternativ nebeneinander und ergänzen sich gegenseitig. Dadurch wird der Schutzbereich wesentlich erweitert. Erfasst werden: eine aufdringliche und irreführende Werbung, eine aufdringliche Werbung, die keine irreführenden Elemente enthält sowie eine nicht aufdringliche Werbung, mit der irreführende Angaben verbreitet werden. Aus dem Wortlaut der Bestimmung könnte geschlossen werden, jede irreführende Werbung und nicht bloss die irreführende Werbung mit dem schweizerischen Sitz und schweizerischen Einrichtungen sei untersagt. Dem stehen jedoch der Sinn und Zweck der Norm sowie der Wille des historischen Gesetzgebers entgegen, soll doch in erster Linie der gute Name der Schweiz oder des schweizerischen Bankengewerbes geschützt werden[125] [126].

120 Marti H., HGF, S. 114; Heinrich P., a.a.O., S. 279.

121 Heinrich P., a.a.O., S. 278 f.

122 Art. 4quater BaG kann aber auch als wirtschaftspolitische Vorschrift nicht als verfassungswidrig angefochten werden, da das Bundesgericht Bundesgesetze nicht auf ihre Übereinstimmung mit der BV prüfen kann (Art. 113 Abs. 3 BV).

123 Vgl. Botschaft, BBl 1970 I, S. 1172.

124 Meyer M., Die ausländischen Banken in der Schweiz, St. Galler Diss., Aarau 1975, S. 372.

125 Vgl. Heinrich P., a.a.O., S. 278; Meyer M., a.a.O., S. 372; Kleiner B., a.a.O., S. 37; Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar, Art. 4quater, N. 1; Botschaft, BBl 1970 I, S. 1172.

126 Die Bestimmung kann nicht den Sinn haben, jede irreführende Werbung der Banken im Ausland zu unterbinden. Dies ist Aufgabe der jeweiligen ausländischen Gesetze über den unlauteren Wettbewerb.

Soweit eine irreführende Werbung untersagt wird, entstehen Überschneidungen mit dem UWG (Art. 1 Abs. 2 lit. b; Art. 13 Abs. 1 lit. b), das unrichtige und irreführende Angaben ebenfalls ausdrücklich unter Strafe stellt. Allerdings ist der räumliche Geltungsbereich des Art. 4quater BaG wesentlich weiter gefasst, werden doch auch Werbeaktionen im Ausland miteinbezogen. Demgegenüber ist der persönliche und sachliche Geltungsbereich des Art. 4quater BaG gegenüber dem UWG wesentlich enger. Erfasst wird nicht jede irreführende Werbung der Banken, sondern nur diejenige, die mit dem schweizerischen Sitz oder mit schweizerischen Einrichtungen betrieben wird. Diese Art der irreführenden Werbung wird somit unter die schärferen Strafbestimmungen des BaG gestellt (Art. 46 Abs. 1 lit. d und e BaG)[127]. In diesen Fällen geht das BaG dem UWG als lex specialis vor. Erfolgt die Irreführung auf eine andere Art und Weise, so kommen die Bestimmungen des UWG zur Anwendung.

Irreführend ist eine Werbung, die beim Adressaten eine falsche, mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmende Vorstellung hervorruft. Schwierigkeiten bereitet die Eingrenzung derjenigen Werbung, die – neben der irreführenden – zu unterlassen ist. Das Gesetz geht vom Begriff der Aufdringlichkeit aus, wobei allerdings unklar bleibt, was darunter zu verstehen ist[128]. Der Wortlaut gibt keinerlei Hinweise, die zu einer Verdeutlichung führen könnten. Es ist Sache des Richters, diesen unbestimmten Gesetzesbegriff zu klären. Bisher musste das Bundesgericht zu dieser Bestimmung noch nicht Stellung nehmen. Deshalb herrscht nach wie vor Unklarheit über die Auslegung[129].

Die Werbung muss ein gewisses Mass an Eindringlichkeit aufweisen. Denn sie ist nicht Selbstzweck; sie verfolgt vielmehr das Ziel, den Umworbenen letztlich zur Inanspruchnahme einer Leistung zu veranlassen. Dies aber ist in einer Zeit, da sich Werbeimpulse der Konkurrenten gegenseitig weitgehend neutralisieren, ohne jegliche Eindringlichkeit ausgeschlossen. Ein bestimmtes Mass an Aufdringlichkeit ist der Werbung immanent. Unzulässig dürfte deshalb nur diejenige Werbung sein, die dieses Mass an Aufdringlichkeit überschreitet. Das BaG will also nicht den Einsatz jeglicher Werbeappelle unterbinden; vielmehr sollen nur diejenigen erfasst werden, die eine bestimmte Reizschwelle überschreiten (z.B. marktschreierische, übertriebene Anpreisungen)[130]. Auf der andern Seite sind auch rein rationale Werbeargumente nicht zum vornherein als zulässig zu betrachten, denn auch sachliche Hinweise auf schweizerische Einrichtungen können durchaus eine ungebührliche Aufdringlichkeit

127 Ein Verstoss gegen die Bestimmungen des Bankengesetzes ist Offizialdelikt, während eine Verletzung des UWG nur auf Antrag verfolgt wird. Zudem ist bei einem Verstoss gegen Art. 4quater BaG auch Fahrlässigkeit strafbar.

128 Zur Unklarheit des Gesetzestextes kommt die Schwierigkeit der Überwachung besonders im Ausland.

129 Beispiele von beanstandeten Sätzen in Inseraten der UCB, die vom Polizeigericht Basel-Stadt beanstandet wurden, finden sich bei Meyer M., a.a.O., S. 374.

130 Für eine extensive Auslegung des Begriffs der Aufdringlichkeit: Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar, Art. 4quater, N. 3.

enthalten. Bei der Beurteilung der Aufdringlichkeit wird man auf das allgemein in der Branche übliche Mass und auf die örtlichen Verhältnisse abstellen müssen. Die Berücksichtigung regionaler Unterschiede ist meines Erachtens von ganz besonderer Bedeutung, da die Praktiken der Bankenwerbung in den einzelnen Ländern erheblich voneinander abweichen und die Intensität der Werbeanstrengungen in letzter Zeit wesentlich zugenommen hat.

Bei der inhaltlichen Gestaltung der Werbebotschaft kann es nicht allein auf den sprachlichen Inhalt ankommen. Vielmehr müssen alle gestalterischen Elemente als Einheit betrachtet und auf ihre Wirkung untersucht werden; entscheidend ist letztlich der Gesamteindruck des Werbeinhaltes auf das Publikum[131]. Der Hinweis auf schweizerische Einrichtungen, aber auch die Aufdringlichkeit, muss nicht unbedingt im Text begründet sein; er kann sehr wohl in andern Gestaltungselementen liegen (z.B. Bilder, Farbgebung). So kann ein an sich neutraler Text durch seine Gestaltung, Hervorhebung oder durch eine Verbindung mit Bildern eine Aufdringlichkeit erlangen, die das zulässige Mass überschreitet. Die Aufdringlichkeit muss – wie die Irreführung – einen direkten Zusammenhang mit dem schweizerischen Sitz oder schweizerischen Einrichtungen haben. Eine an sich aufdringliche Werbung, die bloss am Rande einen Hinweis auf den Schweizer Sitz beinhaltet, der vielleicht kaum bemerkt wird, ist hinzunehmen. Je mehr dieser Hinweis aber in den Vordergrund tritt, umso stärker färbt die Aufdringlichkeit auf ihn ab.

Die Bestimmung des Art. 4quater BaG zielt in erster Linie auf den Inhalt der Werbebotschaft und nicht auf die Auswahl der Werbemittel ab[132]. Meiner Meinung nach sind die gewählten Werbemittel aber bei der Beurteilung der Aufdringlichkeit mit zu berücksichtigen. Werbeinhalte, die bei einem Werbemittel nicht zu beanstanden sind, können, über ein anderes Medium an das Publikum herangetragen, als aufdringlich erscheinen. Verschiedene Werbemittel erscheinen schon allein deshalb als aufdringlich, weil sie im Bankengewerbe – zumal in Europa – bisher noch kaum zur Anwendung gekommen sind (z.B. Personen mit Plakaten an der Vorder- und Rückseite, sog. Sandwich-Männer). Sicher wäre es falsch, gewisse Werbemittel, die im Bankengewerbe nicht üblich sind oder die von Natur aus ein hohes Mass an Aufdringlichkeit aufweisen, zum vornherein auszuschliessen. Je unüblicher oder je aufdringlicher ein solches Werbemittel aber erscheint, umso höhere Anforderungen sind an seinen Inhalt zu stellen[133].

Neben Art. 4quater enthält das BaG weitere Vorschriften, die für den Inhalt der Werbung von gewisser Bedeutung sind, da sie die Verwendung bestimmter Ausdrücke aus polizeilichen Gründen untersagen. So darf eine ausländisch beherrschte Bank nach Art. 3bis Abs. 1 lit. b BaG keine *Firma* verwenden, die auf einen schweizerischen Charakter der Bank hinweist oder darauf schliessen lässt[134]. Sie darf

131 Vgl. Meyer M., a.a.O., S. 373.

132 A.M. offenbar Bodmer/Kleiner/Lutz, (Kommentar, Art. 4quater, N. 3), die eine Massenverteilung von Prospekten und den Vertreterbesuch ganz allgemein erfassen möchten.

133 Sofern mit dem schweizerischen Sitz oder mit schweizerischen Einrichtungen geworben wird.

134 In den Kommissionen des National- und Ständerates sowie in der parlamentarischen De-

sich vor allem keiner regionalen Bezeichnungen der Schweiz bedienen. Vorbehalten bleiben Firmen bereits bestehender ausländisch beherrschter Banken, da diesen unter Umständen ein wohlerworbenes Recht an der Beibehaltung ihrer Firmen zustehen kann (z.B. Banco del Gottardo)[135]. Neutrale Firmen, wie "Econ Bank AG" sind zulässig, da sie nicht auf einen schweizerischen Charakter schliessen lassen (BGE 98 Ib 377).

Der Vollständigkeit halber sei ferner darauf hingewiesen, dass Art. 1 Abs. 4 und Art. 15 Abs. 1 BaG die Verwendung der Ausdrücke *"Bank"*, *"Bankier"* und *"Sparen"* in der Firma und in der Werbung beschränken. Hingegen wird die Verwendung anderer Bezeichnungen (wie beispielsweise "Kreditinstitut", "Darlehenskasse") durch das BaG nicht ausgeschlossen. Solche Ausdrücke stehen jedoch – sofern sie für Unternehmen gebraucht werden, die dem BaG nicht unterstehen – im Widerspruch zu Art. 1 Abs. 2 lit. b UWG, da sie eine Irreführung über die eigenen Geschäftsverhältnisse darstellen[136]. Die Verwendung der Ausdrücke "Bank", "Bankier", sei es allein oder als Wortverbindung, ist den Instituten vorbehalten, die von der Bankenkommission die Bewilligung als Bank erhalten haben. Solange die Bewilligung aussteht, darf weder in der Werbung, noch in Geschäftspapieren, noch sonstwie einer dieser Ausdrücke gebraucht werden. Einlagen, die in irgendeiner Wortverbindung durch den Ausdruck "Sparen" gekennzeichnet sind, dürfen nur von Banken entgegengenommen werden, die öffentlich Rechnung ablegen. Solche, die nicht öffentlich Rechnung ablegen (z.B. Privatbanken), dürfen diesen Ausdruck in keiner Art und Weise brauchen, die zu einer Verwechslung mit Bankspareinlagen führen könnte[137].

4.3.2.2. Ausserhalb der Bankengesetzgebung

Die Werbetätigkeit der Banken stösst ausserhalb der Bankengesetzgebung auf eine Vielzahl polizeilicher Schranken, die grundsätzlich für alle Wettbewerber Geltung haben.

batte gingen die Meinungen darüber auseinander, ob man sich mit der Nichtverwendung einer auf den schweizerischen Charakter hinweisenden Firma begnügen könne, oder ob die Firma nicht ausdrücklich auf den ausländischen Charakter der Bank hinweisen müsse. (Vgl. Sten.Bull. NR 1970 742 ff.; StR 1970 307; Botschaft BBl 1970 I, S. 1153). Die heutige Lösung entspricht dem Wortlaut des Bundesbeschlusses über die Bewilligungspflicht für ausländisch beherrschte Banken (BaBB) vom 21. März 1969. Auch bei der damaligen parlamentarischen Beratung zu diesem Bundesbeschluss gingen die Meinungen über den Wortlaut dieser Bestimmung wesentlich auseinander. Zu dieser Kontroverse: Sten.Bull. NR 1969, S. 17; StR 1969, S. 49 ff.; Botschaft BBl 1968 II, S. 763 f.; Meyer M., a.a.O., S. 364 ff.

135 Botschaft, BBl 1970 I, S. 1185; BGE 98 Ib 378.

136 Vg. von Büren B., Kommentar, S. 78.

137 Reimann R., Kommentar, S. 60.

So wird die Werbung etwa aus Gründen des *Natur- und Heimatschutzes*[138] und vor allem aus Gründen der *Verkehrssicherheit*[139] mit einschneidenden Beschränkungen belegt, die sowohl die inhaltliche Gestaltung als auch den örtlichen Einsatz betreffen. Aber auch das *Strafgesetz* kennt Bestimmungen, die auf die Bankwerbung Anwendung finden können. Man denke nur an den Tatbestand der unzüchtigen Veröffentlichung (Art. 204 StGB), der künftig (angesichts der zunehmend aggressiver werdenden Praktiken) durchaus Bedeutung erlangen könnte.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wenn man auf die vielfältigen nicht bankspezifischen Vorschriften näher eingehen wollte. Wir begnügen uns daher mit einem Hinweis auf die Spezialliteratur; namentlich auf die umfassende Darstellung der Schranken des Rechts auf Werbung von SALADIN[140].

4.3.3. Beschränkung des Devisenhandels

Der vorgesehene Bundesbeschluss über den gewerbsmässigen Devisenhandel (der kürzlich in der Vernehmlassung gestanden ist) soll den Gefahren und Risiken begegnen, die den Gläubigern und Eigentümern der Bank aus dem Devisengeschäft erwachsen. Während sich bei festen Wechselkursen (mit Schwankungsbreiten) die Risiken des Devisenhandels in engen Grenzen halten, sind die Gefahren mit dem Übergang zu frei schwankenden Wechselkursen (namentlich bei Devisentermingeschäften) sprunghaft angestiegen. Es kam wiederholt zu Zusammenbrüchen von Kreditinstituten (Herstatt, Franklin National), weil die Marktsituation falsch eingeschätzt und weil zu hohe Risiken eingegangen wurden; andere Institute wurden durch Fehlentscheide der Devisenhändler in ihrer Substanz erheblich geschwächt.

Die Bestimmungen des Bundesbeschlusses sind polizeilicher Art. Sie bezwecken in erster Linie den Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Gläubiger und Eigentümer sollen vor Verlusten geschützt, das Bankengewerbe vor einem Vertrauensschwund bewahrt werden[141].

138 Vgl. etwa Art. 702 ZGB; § 241 SO EG zum ZGB vom 4. April 1954.

139 Art. 6 SVG; Art. 80 der Signalisationsverordnung vom 31. Mai 1963.

140 Saladin P.V., Das Recht auf Werbung und seine öffentlich-rechtlichen Schranken, St. Galler Diss., Bern 1969, S. 236 ff., 271 ff., 306 ff.; David L., Schweizerisches Werberecht, Zürich 1978, S. 37 f., 39 f., 164 ff., 169 f.; Mona M., Grundfragen des Werberechts, Zürcher Diss., Winterthur 1972.

141 Als Einfallstor für wirtschaftspolitische Massnahmen kann allenfalls die Generalklausel von Art. 6 dienen. Dieser Artikel verpflichtet die Devisenhändler, sämtliche wirtschaftspolitischen Massnahmen der Währungsbehörden einzuhalten. Lebt der Händler diesen Pflichten nicht nach, so hat er die Sanktionen des Devisenbeschlusses zu gewärtigen. Immerhin wird darauf verzichtet, dem Devisenhändler eine ausdrückliche Pflicht zu wirtschaftspolitischem Wohlverhalten aufzuerlegen. (Vgl. Erläuterungen S. 21.)

Der nicht unbestrittene Bundesbeschluss sucht diese Zielsetzung durch eine doppelte Bewilligungspflicht[142] (Polizeierlaubnis), durch die Festlegung von Pflichten der Devisenhändler[143], durch die Übertragung der Aufsichtsbefugnis an die Nationalbank[144] sowie durch Sanktionen[145] zu verwirklichen. Dabei geht der BB davon aus, dass vor allem das Verhalten der Devisenhändler zu einer Gefährdung und Schädigung der Gläubiger und Eigentümer führt, ohne dass interne Aufsichts- und Kontrollmassnahmen ein rechtzeitiges Erkennen und Eingreifen gestatten.

Die Marktleistungen des Devisengeschäftes können nach dem Gesetzesentwurf nur noch erbracht werden, wenn die Bank eine *Geschäftsbewilligung* hat. Diese wird indessen nur erteilt, wenn (neben den übrigen Voraussetzungen)[146] die Vertretung im Devisenbereich durch Personen erfolgt, die im Besitz der Berufsausübungsbewilligung[147] sind. Diese Vorschrift kann dazu führen, dass spezialisierte oder kleinere Banken (Sparkassen, kleinere Regionalbanken), die den Devisenhandel nur als Nebenleistung erbringen, von dieser Geschäftstätigkeit ausgeschlossen werden. Zwar kann bei solchen Instituten der Mitarbeiter, der bisher mit dem Devisenhandel betraut war, aufgrund der Härteklausel des Art. 20 Abs. 2 die Berufsausübungsbewilligung erhalten, ohne dass alle Voraussetzungen des Art. 5 gegeben sind. Es ist jedoch fraglich, ob eine kleinere Bank nach dem Ausscheiden ihres bisherigen Mitarbeiters in der Lage ist, einen neuen lizenzierten Devisenhändler einzustellen. Gelingt ihr dies nicht, geht sie ihrer Geschäftsausübungsbewilligung verlustig. Da der Devisenhandel nicht als isolierter Geschäftszweig zu sehen ist, sondern in der Regel im Dienst einer andern Geschäftstätigkeit steht, zeitigt der Verlust der Geschäftsbewilligung Auswirkungen auf andere Sortimentsteile. So wird eine Bank ohne Geschäftsbewilligung auch keine ausländischen Wertschriften mehr kaufen oder verkaufen können, ohne die Mithilfe anderer Institute in Anspruch nehmen zu müssen.

142 Einerseits bedarf das Unternehmen, das gewerbsmässig Devisen handeln will, einer Geschäftsbewilligung, andererseits müssen die im Devisenhandel tätigen Vertreter dieser Unternehmen über eine Berufsausübungsbewilligung verfügen (Art. 4 und 5 des Devisenbeschlusses).

143 Art. 6–11 des Devisenbeschlusses.

144 Art. 15 des Devisenbeschlusses.

145 Entzug der Bewilligung, wenn die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind, oder wenn ein Devisenhändler seine Pflichten schwer verletzt (Art. 12 des Devisenbeschlusses); Strafsanktionen bei Erfüllen des Tatbestandes des Art. 17.

146 Handelsregistereintrag, schweizerischer Sitz bzw. Niederlassung, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.

147 Die Devisenhändler werden nicht nur mit Wechselkursrisiken, sondern auch mit Transfer- und Bonitätsrisiken konfrontiert und müssen Entscheide oft in einer äusserst hektischen Atmosphäre treffen. Es liegt deshalb durchaus im öffentlichen Interesse, wenn fachlich ungeeignete und verantwortungslose Leute zu diesem Gewerbe, dem ein permanentes Schädigungspotential innewohnt, nicht zugelassen werden.

Die dem Bundesbeschluss unterstellten Institute sollen gemäss Art. 7 *Devisengeschäfte für eigene Rechnung* nur abschliessen dürfen, wenn die Geschäftsleitung interne Limiten aufgestellt hat[148]. Der Aufbau von Fremdwährungspositionen wird also nur zugelassen, wenn er internen Beschränkungen unterworfen wird[149]. Dadurch soll verhindert werden, dass zu grosse Fremdwährungspositionen gehalten und damit unüberblickbare Kursrisiken eingegangen werden. In diesem Zusammenhang ist auch die Weisung der Bankenkommission vom 19.9.1974 betreffend die Fremdwährungspositionen von Bedeutung. In dieser Weisung wird für die dem Bankengesetz unterstellten Institute das zulässige Verhältnis zwischen Devisenengagement und eigenen Mitteln festgelegt. Dadurch wird, in ähnlicher Weise wie bei den Vorschriften des BaG über die eigenen Mittel, der zulässige Gesamtumfang der zu erbringenden Leistung eingeschränkt.

Der Umfang der Geschäftstätigkeit wird schliesslich insofern beschränkt, als Devisengeschäfte für fremde Rechnung nur dann auf *Kreditbasis* abgewickelt werden dürfen, wenn für den betreffenden Kunden eine entsprechende Kreditlimite festgelegt worden ist. Dadurch soll verhindert werden, dass grosse Devisengeschäfte für Kunden getätigt werden, ohne dass genügend Sicherheiten vorhanden sind. Bestimmte potentielle Nachfrager dürften deshalb als Kunden des Devisengeschäfts ausscheiden, womit die Nachfrage nach solchen Leistungen zurückgehen wird. Von dieser Beschränkung vor allem spekulativer und risikoreicher Geschäfte kann eine gewisse beruhigende Wirkung auf den Devisenhandel und die Kursgestaltung erwartet werden. Dies ist aber bloss ein nicht bezweckter Nebeneffekt der polizeilichen Massnahmen zum Schutz der Gläubiger.

An *Brokerfirmen* kann – immer nach dem Entwurf – die Geschäftsbewilligung nur erteilt werden, wenn an ihnen weder Banken noch Finanzgesellschaften direkt oder indirekt beteiligt sind, da andernfalls eine Interessenkollision erwartet wird. Dadurch wird den Banken verunmöglicht, ihre Devisengeschäfte über die Beteiligung an einer Brokerfirma abzuwickeln. Die Gefahr einer Interessenkollision scheint allerdings nicht allzu gross zu sein (Marktpreis), so dass die einschneidenden Massnahmen des Art. 4 Abs. 2 kaum gerechtfertigt sind. Wird eine Interessenkollision befürchtet, wenn der gewerbsmässige Vermittler einer Vertragspartei nahe steht, so rechtfertigt dies keineswegs den Ausschluss jeglicher Beteiligung. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit polizeilicher Eingriffe könnte m.E. besser gewahrt werden, wenn, ähnlich wie in Art. 3bis Abs. 3 BaG, auf den "beherrschenden Einfluss" abgestellt würde. Damit könnten auch weitere Einflussmöglichkeiten (z.B. Beherrschung durch Fachwissen, Kundenbeziehungen) erfasst werden. Nach der Regelung

148 Diese Bestimmung steht in engem Zusammenhang mit Ziff. 5 der Weisungen der Bankenkommission über die Fremdwährungspositionen vom 19. Dezember 1974, in welchen den im Devisengeschäft tätigen Banken vorgeschrieben wird (in ihren Reglementen gemäss Art. 9 VO zum BaG), die Kompetenzen über das Eingehen von Kurs-, Delkredere- und Transferrisiken klar abzugrenzen und die Vorkehren zur internen Kontrolle zu regeln.

149 Die Missachtung der internen Limiten hat die Sanktionen des Devisenbeschlusses zur

des Entwurfs ist es hingegen zulässig, dass die Bank mit dem Broker (als selbständigem Unternehmen) einen langfristigen Vertrag abschliesst und dieser als betriebsfremdes Verkaufsorgan der Bank (auch als Alleinvertreter) Devisengeschäfte vermittelt. Der Broker kann also als Agent der Bank tätig sein.

4.3.4. Vorschriften über Prämienanleihen

Unter Prämienobligationen sind Schuldverschreibungen zu verstehen, bei denen der Zins ganz oder teilweise durch das Recht ersetzt wird, an der Verlosung von Prämien teilzunehmen[150] [151]. Nach Ablauf der Laufzeit wird die Obligation (im Gegensatz zu Lotterielosen) zum Nominalwert zurückbezahlt; während der Laufzeit treten anstelle des Zinses Gewinnchancen. Unbeachtlich ist, ob die in Aussicht gestellten Prämien in Sach- oder Geldleistungen bestehen.

Die *Ausgabe* solcher Prämienobligationen bedarf einer Bewilligung des Bundesrates (Art. 17 Lotteriegesetz)[152]. Allerdings werden Prämienanleihen, die zu Erwerbszwecken dienen, zum vornherein als unzulässig erklärt, wenn diese nicht vom Bund, den Kantonen oder Gemeinden ausgegeben werden (Art. 18 Lotteriegesetz)[153].

Der *gewerbsmässige Handel* mit Prämienobligationen darf nur gestützt auf eine Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde durchgeführt werden. Die Voraussetzungen für die Bewilligung finden sich in Art. 28 und 29 des Lotteriegesetzes. Die Kantone können jedoch weitere Bewilligungsvoraussetzungen festlegen. Liegt die Bewilligung des Niederlassungskantons vor, so kann der Handel mit Prämienobligationen in der ganzen Schweiz durchgeführt werden.

Folge (Entzug der Berufsausübungsbewilligung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit). Damit werden also an interne Vorschriften öffentlich rechtliche Sanktionen geknüpft, um den im Rahmen des Gläubigerschutzes wichtigen Litmiten Nachdruck zu verleihen.

150 Staehelin W., Das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 als Strafgesetz, Zürcher Diss., Baden 1941, S. 65 f.; Richli J., Der Zusammenbruch der Diskonto- und Lombardbank A.G., Bern, Ein Beitrag zur Geschichte der Institute des gewerbsmässigen Handels mit Prämienobligationen und des Animierwesens der Schweiz, Berner Diss. 1931, S. 105 f.; BGE 47 I 260.

151 Nicht zu verwechseln mit Prämienobligationen sind die nicht dem Lotteriegesetz unterstellten *Wandel- und Optionsanleihen*. Auch bei diesen Papieren wird zwar, wie bei den Prämienobligationen, ein zusätzlicher Vorteil erwartet und deshalb ein gegenüber dem Marktpreis geringerer Zins in Kauf genommen. Der Gewinn ist aber nicht von einer Auslosung, sondern von der Kursentwicklung der entsprechenden Titel abhängig. Ebenfalls nicht unter die Bestimmungen des Lotteriegesetzes fallen diejenigen Anleihen, die eine vorzeitige Rückzahlung aufgrund von Auslosungen vorsehen. Hier wird lediglich der Termin der Rückzahlung, nicht aber eine zusätzliche Prämie ausgelost. Zudem muss bei diesen Anleihen keine Zinsdifferenz in Kauf genommen werden. Zulässig sind schliesslich auch *Prämien*, die *bei der Zeichnung von Obligationen* abgegeben werden. Vgl. aber Art. 3 der Konkurrenzierungs-Richtlinien der Bankiervereinigung.

152 Die Voraussetzungen der Bewilligung sind in Art. 18 VV zum LG geregelt. Vgl. dazu: Richli J., a.a.O., S. 115 ff.

153 Ausländische Prämienanleihen können mit Bewilligung des Eidgenössischen Finanzdeparte-

Die Banken benötigen für ihre Prämiengeschäfte keine Bewilligung, wenn sie keine Werbung für den Absatz von Prämienanleihen betreiben[154 155], keine Spezialkonditionen zur Anwendung gelangen und wenn dem Prämienloshandel im Vergleich mit den übrigen Wertpapierumsätzen eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, so gilt der Prämienloshandel als gewerbsmässiger Handel und bedarf einer Bewilligung.

Bestimmte Geschäfte mit Prämienobligationen werden durch das Lotteriegesetz ausdrücklich verboten. Dazu gehören der Ratenloshandel (also der Verkauf von Prämienobligationen auf Abzahlung) und die Veräusserung von Gewinnaussichten (durch sog. Heuer- oder Promessengeschäfte sowie durch die Bildung sog. Serienlosgesellschaften)[156]. Ebenfalls untersagt ist der Absatz von Prämienobligationen über den Hausierhandel[156]. Das bedeutet, dass der Bankaussendienst keine Prämienlose mit sich führen und dem Kunden verkaufen darf. Hingegen ist es zulässig, dass der Aussendienstmitarbeiter einen Auftrag zum Kauf solcher Obligationen an der Börse (Kommission) entgegennimmt. Allerdings muss aus Art. 3 VV zum LG geschlossen werden, dass der Aussendienst (sofern die Bank über keine Bewilligung zum gewerbsmässigen Handel mit Prämienobligationen verfügt) diese Marktleistungen auch nicht anpreisen darf[157]. Denn diese Bestimmung will jede Werbetätigkeit erfassen, also nicht nur die Werbung durch unpersönliche, sondern auch diejenige durch persönliche Mittel. Beim persönlichen Verkauf ist die Gefahr einer Beeinflussung besonders gross, so dass auch diese Tätigkeit denjenigen Unternehmen vorbehalten werden muss, die über eine Bewilligung verfügen.

Durch die strengen polizeilichen Vorschriften des Lotteriegesetzes soll Missbräuchen vorgebeugt werden, die früher im Zusammenhang mit Prämienanleihen getrieben wurden[158]. Es soll insbesondere verhindert werden, dass durch gezielte Werbeappelle der Spieltrieb geweckt und ausgenutzt wird. Seit längerer Zeit haben die Prämienanleihen in der Schweiz (wohl bedingt durch die Bestimmungen des Lotteriegesetzes) an Bedeutung verloren. Es sind nur noch ganz wenige dieser Papiere im Umlauf[159].

Da die Ausgabe von Prämienanleihen, die Erwerbszwecken dienen, dem Bund, den Kantonen und Gemeinden vorbehalten bleibt, können die Banken keine eigenen Prämienobligationen in ihr Sortiment aufnehmen. Sie müssen, wenn sie diese Marktleistungen erbringen wollen, auf die sich im Handel befindenden Titel zurückgreifen. Der Umfang der im Handel erhältlichen Titel ist aber so begrenzt, dass es

ments zum Handel zugelassen werden. Sie müssen, nachdem die Bewilligung erteilt worden ist, durch die Eidg. Steuerverwaltung abgestempelt werden (Art. 24, 25 LG).

154 Art. 3 VV zum LG.

155 Zulässig ist eine Werbetätigkeit für den Absatz der noch nicht im Publikum plazierten Lose einer bewilligten Prämienanleihe während der Emission.

156 Vgl. dazu: Staehelin W., a.a.O., S. 134; Richli J., a.a.O., S. 121 f.

157 Vgl. Staehelin W., a.a.O., S. 136; vgl. auch: § 23 ZH WPG.

158 Vgl. dazu die ausführliche Darstellung solcher Missbräuche bei Richli J., a.a.O., S. 45 ff., 108 ff.

159 Vgl. Albisetti E./Bodmer D./Rutschi E., a.a.O., S. 501 f.

schwierig ist, bestehende Kundenbedürfnisse optimal zu befriedigen. Eine bestimmte Ausgestaltung von Obligationen wird also aus dem Banksortiment verbannt, obwohl diese Leistung durchaus den Bedürfnissen eines Kundenteils entspricht, wie die Beliebtheit und Verbreitung der Prämienobligationen im Ausland zeigt.

4.3.5. Vorschriften über Kleinkredite

Die geltende bundesrechtliche Ordnung erfasst nur einen Teilbereich des Konsumkredits; nämlich das eigentliche Abzahlungsgeschäft und Rechtsgeschäfte (oder Verbindungen von solchen), die wirtschaftlich den gleichen Zweck verfolgen. Ferner gilt das Abzahlungsvertragsrecht sinngemäss für Darlehen, bei denen der Verkäufer und der Darleiher zusammenwirken, um dem Käufer einen Gegenstand gegen nachträgliche Leistung des Entgelts in Raten zu verschaffen (Vertragsfinanzierung)[160]. Der Barkleinkredit, bei dem das Kreditinstitut direkt mit dem Darlehensnehmer in Kontakt tritt, wird bundesrechtlich nur über das strafrechtliche Wucherverbot (Art. 157 StGB) und das zivilrechtliche Gegenstück des Art. 21 OR (einseitige Unverbindlichkeit bei Übervorteilung) erfasst. Dieser Rechtszustand hat dazu geführt, dass nach Inkrafttreten des Abzahlungsvertragsrechts eine deutliche Verlagerung zugunsten des Barkleinkredits eingesetzt hat.

Die bestehenden Mängel sollen durch eine umfassende Revision der Konsumkreditgesetzgebung ausgemerzt werden. Im Juni 1974 hat die Expertenkommission, die im Anschluss an verschiedene parlamentarische Vorstösse eingesetzt wurde, einen Entwurf vorgelegt, der allerdings (aufgrund der Ergebnisse der Vernehmlassung) stark überarbeitet wurde.

Das Schwergewicht des heute vorliegenden Entwurfs liegt auf der Verbesserung des Teilzahlungsrechts und auf der Einführung von einheitlichen Vorschriften über Kleinkredite (Art. 318a ff. OR).

Die Konsumkreditgesetzgebung ist primär sozialpolitisch motiviert. Sie soll die negativen Auswirkungen des bestehenden Verhandlungsmachtungleichgewichts (etwas) ausgleichen und den sozial schwächeren Partner vor Ausbeutung und leichtfertiger Verschuldung bewahren. Daneben verfolgt sie auch polizeiliche Ziele; sie soll nämlich auch ganz allgemein dem Schutz von Treu und Glauben im Konsumkreditgewerbe dienen. Deshalb ist es angebracht, den Entwurf schon hier zu behandeln.

Der Entwurf stellt bei der Umschreibung der Kleinkredite auf zwei Kriterien ab; nämlich auf das hohe Kostenniveau, das sich am sonst üblichen Bruttosatz orientiert und auf die summenmässige Beschränkung (40'000 Franken). Das Teilzahlungskriterium wird fallengelassen, sodass auch Kontokorrentkredite und Festgelder unter die Bestimmungen der Konsumkreditgesetzgebung fallen können.

160 Stofer H., Kommentar zum schweizerischen BG über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, 2. Auflage, Basel/Stuttgart 1972, S. 139 ff., 151.

Ebenfalls erfasst werden Kreditkarten, sofern sie nicht reine Akkreditivkarten sind; und schliesslich Kundenfinanzierungen, ohne Rücksicht darauf, ob tatsächlich ein Zusammenwirken zwischen Kreditgeber und Anbieter von Konsumgütern stattgefunden hat. Nicht unter den Geltungsbereich fallen hingegen gewerbliche Kredite, wenn diese tatsächlich im Zusammenhang zur Geschäftstätigkeit stehen.

Der Entwurf versucht das Ziel des Sozialschutzes primär durch eine einschneidende Beschränkung der Vertragsabschluss- und der Vertragsinhaltsfreiheit zu erreichen. Daneben bestehen Formvorschriften, die die Gefahr einer unüberlegten Kreditaufnahme mindern sollen (Schriftform; Zustimmung des Ehegatten bei Beträgen über Fr. 1'000; Aushändigung eines Vertragsexemplares; Angabe verschiedener Punkte im Vertrag, insbesondere der Zinsbelastung in Jahresprozenten). Ausserdem wird dem Kreditnehmer ein Widerrufsrecht von 7 Tagen eingeräumt, vor dessen Ablauf die Kreditsumme nicht ausbezahlt werden darf.

Die *Vertragsabschlussfreiheit* wird tangiert durch das Verbot von Zweitkrediten; ferner durch das Verbot der Kreditgewährung zur Finanzierung von Anzahlungen und von Ratenzahlungen; aber auch durch das Verbot der Vereinbarung eines Entgeltes für die Vermittlung von Kleinkrediten. Durch das grundsätzliche Verbot der Zweitkredite soll der Kettenverschuldung entgegengewirkt werden. Dies ist an sich zu begrüssen. Doch führt die Vorschrift zu einer weitgehenden Beschränkung der persönlichen Freiheit (des Abnehmers und des Anbieters), die nicht in jedem Fall gerechtfertigt ist. Es sind ohne weiteres Fälle denkbar, in denen auch ein zweites oder ein drittes Darlehen keinerlei Gefahr für den Schuldner bedeutet. Es würde daher genügen, wenn man die Gewährung weiterer Darlehen an die Erreichung einer einkommensabhängigen Grenze binden oder von einer teilweisen Rückzahlung abhängig machen würde. Zu erwähnen ist, dass die Anwendung der Vorschrift zwar nicht durch eine obligatorische Beteiligung an einer zentralen (auch privaten) Auskunftsstelle gesichert wird; dass aber durch Strafsanktionen und durch den Wegfall eines klagbaren Anspruches darauf hingewirkt wird, dass die Anbieter eine wirksame Kontrolle aufbauen oder sich einer solchen anschliessen. Operiert der Kreditnehmer mit falschen Angaben, wird er überdies schadenersatzpflichtig.

Unverhältnismässig erscheint das Verbot der entgeltlichen Darlehensvermittlung, durch das der Aufbau einer Absatzorganisation mit selbständigen Absatzmittlern (Vermittlungsagenten, Mäkler) verunmöglicht wird. Es würde durchaus genügen, wenn man die Darlehensvermittler (wie im Kanton Zürich) einer Bewilligungspflicht unterstellte und wenn man ihnen (wie in den Konkordatskantonen) untersagte, vom Borger eine Entschädigung oder Kostenrückerstattung zu verlangen. Es ist zwar richtig, dass der Kunde die Akquisitionskosten letztlich (mit-) tragen muss. Das ist aber bei allen Marketingmitteln (und besonders auch bei der andernfalls nötigen Verkaufsorganisation) der Fall.

Der *Inhalt des Vertrages* wird einmal durch einen Höchstkostensatz und eine maximale Laufzeit beschränkt. Der *Höchstkostensatz* wird nicht im Gesetz selbst fixiert. Vielmehr erhält der Bundesrat die Kompetenz, den Satz (unter Berücksichtigung des allgemeinen Zins- und Kostenniveaus) festzulegen. Dadurch wird eine

gewisse Flexibilität gewährleistet. Zu begrüssen ist, dass der Entwurf von Höchstsätzen spricht, sodass der Bundesrat Abstufungen (z.B. nach Laufzeit oder Kreditart) vornehmen kann. Eine allgemein gültige Preisobergrenze wäre fragwürdig. Dies, weil dem Zins und den übrigen Kosten (Verwaltungskosten) je nach Höhe des Darlehens eine unterschiedliche Bedeutung zukommt. Es ist deshalb konsequenter, einen Stufentarif einzuführen, der die Höhe des Darlehens mit in Rechnung stellt. Allein dadurch kann erreicht werden, dass auch Kleinstdarlehen kostendeckend gewährt werden können, ohne dass eine allzu hohe (allgemeine) Preisobergrenze zugestanden werden muss. Ein ähnliches Ergebnis liesse sich übrigens auch durch die Einführung einer festen Bearbeitungsgebühr (neben dem Zinsmaximum) erreichen[161]. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Höchstpreisvorschriften nicht nur die Preisgestaltung tangieren, sondern sich auch auf die Marktleistungs- und Sortimentsgestaltung auswirken (Eliminierung nicht kostendeckender kleiner Darlehen mit kurzer Laufzeit)[162].

Die *Laufzeit* beginnt mit dem Datum des Ablaufs der Widerrufsfrist und nicht etwa mit der Auszahlung. Das stellt v.a. bei Kreditkarten und Kontokorrentkrediten Probleme. Denn praktisch bedeutet das, dass Kredite, die nicht voll ausgenutzt worden sind, nach Erreichen der Höchstlaufzeit zurückbezahlt werden müssen; eine weitere Kreditbeanspruchung muss Gegenstand eines neu abzuschliessenden Vertrages bilden.

Im weiteren wird die Vertragsinhaltsfreiheit tangiert durch Vorschriften über die vorzeitige Fälligkeit, die vorzeitige Rückzahlung und die Beschränkung der Stundung; aber auch durch die Beschränkung der Abtretung und Verpfändung von Lohnforderungen sowie durch die Ungültigerklärung zum voraus vereinbarter Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsklauseln.

Die Konsumkreditgesetzgebung setzt beim Vertragsinhalt und beim Vertragsabschluss an. Die *Werbung*, die massgeblich an den Kaufentschluss einwirkt, bleibt praktisch unberührt. Es wird einzig vorgeschlagen, das UWG durch einen Spezialtatbestand zu ergänzen und den Geltungsbereich der bestehenden Tatbestände (Art. 1 Abs. 2 lit. i und k) auf Kleinkredite auszudehnen. Der angesprochene Spezialtatbestand sieht vor, dass in der Werbung, neben der Kreditsumme und dem rückzahlbaren Gesamtbetrag, immer auch die Kreditkosten (in Franken und Jahresprozenten) angegeben werden müssen.

Neben zivilrechtlichen sind auch strafrechtliche Sanktionen vorgesehen. Hingegen wird auf die Einführung einer administrativen Aufsicht verzichtet. Bei der Einführung strafrechtlicher Bestimmungen (20. Titel des StGB) wird (richtigerweise) davon ausgegangen, dass solche Sanktionen in stärkerem Masse als rein zivilrechtliche geeignet sind, den angestrebten Sozialschutz sicherzustellen. In ganz besonderem Masse zu diesem Erfolg beitragen wird die Möglichkeit des Richters, bei fort-

161 Vgl. Heinrich P., a.a.O., S. 356.
162 Vgl. Sieber H., Die Bekämpfung des Zinswuchers im Kleinkredit durch kantonale Zinsfussmaxima, WuR 1959, S. 113 ff., 125.

gesetzter oder wiederholter Begehung (die zudem eine schwere Verletzung zur Folge haben) dem Täter zu verbieten, Kleinkreditverträge abzuschliessen. Zu begrüssen ist, dass sich die Straftatbestände auch auf Teilzahlungskäufe und nicht nur auf Kleinkredite beziehen, wie das der Entwurf der Expertenkommission ursprünglich vorsah. Bemerkenswert ist, dass auch der Kunde mit strafrechtlichen Sanktionen rechnen muss, wenn er gegenüber dem Kleinkreditinstitut falsche Angaben (etwa bezüglich bereits bestehender Verpflichtungen) macht.

Eine wirkungsvolle Konsumkreditgesetzgebung, die eine Ausweitung des Sozialschutzes anstrebt, bedingt eine geschlossene, aufeinander abgestimmte Ordnung der verschiedenen Kreditarten. Andernfalls ergeben sich wiederum Verschiebungen zugunsten derjenigen Kategorie, die weniger weit gehende Beschränkungen vorsieht. Der vorliegende Entwurf wird dieser Anforderung gerecht. Denn er sieht (im Gegensatz zum Vorschlag der Expertenkommission) eine weitestgehende Übereinstimmung mit den Vorschriften des Teilzahlungskaufrechts vor.

4.4. Kantonale wirtschaftspolizeiliche Schranken

4.4.1. Die Befugnis der Kantone zum Erlass von Bestimmungen im Bankengewerbe

Die Kantone sind grundsätzlich befugt, in irgendeinem Sachgebiet Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerbe zu erlassen, es sei denn, der Bund ordne aufgrund einer verfassungsmässigen Gesetzgebungskompetenz ein solches Gebiet abschliessend.

Im Bankengewerbe sind kantonale Vorschriften sachlich dann nicht gerechtfertigt, wenn sie sich auf Gebiete beziehen, die vom Bund gestützt auf Art. 31quater BV bereits geregelt sind (z.B. Liquidität, Organisation). Denn mit dem Bankengesetz sollte der Gläubigerschutz gesamthaft geregelt und damit kantonale Vorschriften ausgeschlossen werden. Der Gläubigerschutz umfasst das gesamte Passivgeschäft sowie alle diejenigen Dienstleistungsgeschäfte, bei welchen den Banken Gelder oder Werte anvertraut werden (z.B. Depotgeschäft). Den Kantonen verbleibt hingegen die Kompetenz zum Erlass gewerbepolizeilicher Vorschriften auf andern Gebieten, soweit eben der Gläubigerschutz nicht tangiert wird (Wertpapierhandel, Zinsgestaltung), denn eine Regelung von weiteren Sachgebieten sollte nicht als überflüssig ausgeschlossen werden. Diese Zuständigkeit wird in Art. 53 Abs. 1 lit. a BaG ausdrücklich bestätigt.

Einziger Gegenstand des vom BaG erfassten Sachbereichs, dessen Regelung den Kantonen überlassen wird, ist das in Art. 16 Abs. 1 BaG erwähnte Pfandrecht für Spareinlagen, die bei einer auf dem Kantonsgebiet errichteten Bankstelle getätigt werden. Alle übrigen kantonalen Bestimmungen, mit Ausnahme derjenigen über die Kantonalbanken, werden durch Art. 53 BaG aufgehoben.

Daneben wird das Bankmarketing mit einer Reihe kantonaler Normen konfrontiert, die nicht spezifisch auf das Bankengewerbe zugeschnitten sind, die sich aber trotzdem entscheidend auf dessen Leistungsverwertung auswirken können (z.B. Bestimmungen über die Schalteröffnungszeiten).

Die kantonalen Bestimmungen dürfen vom Grundsatz der HGF nicht abweichen, was nichts anderes bedeutet, als dass interventionistische wirtschaftspolitische Eingriffe in die Erwerbstätigkeit ausgeschlossen werden (Art. 31 Abs. 2 BV). Die kantonalen Erlasse müssen, um vor der HGF zu bestehen, auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im polizeilich bzw. sozialpolitisch begründeten öffentlichen Interesse liegen, dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen und das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen beachten.

4.4.2. Pfandrechte zur Sicherstellung von Spareinlagen

Art. 16 Abs. 1 BaG überträgt den Kantonen die Befugnis, für Spareinlagen, die auf Rechnung einer in ihrem Gebiet errichteten Bankstelle getätigt werden, ein gesetzliches Pfandrecht an Wertschriften und Forderungen der betreffenden Bankstelle bis zum konkursprivilegierten Betrag von 5'000 Franken zu schaffen[163]. Von dieser Befugnis haben die Kantone Zürich, Basel-Stadt, Glarus und Tessin Gebrauch gemacht. Dabei haben die Kantone Zürich und Tessin den Weg des Doppelverschlusses, Basel-Stadt und Glarus jenen des Registerpfandrechtes gewählt[164].

Die im Kanton Zürich bestehenden Bankstellen sind verpflichtet, 80% der ihnen anvertrauten Spareinlagen, jedoch höchstens 5'000 Franken für jeden Einleger, in guten schweizerischen Schuldbriefen, schweizerischen Pfandbriefen, Obligationen des Bundes, der Kantone und Gemeinden, der SBB, solider Bankinstitute und ebensolcher Kraftwerke anzulegen[165]. Diese Wertpapiere, an denen den Spareinlegern im geschilderten Rahmen ein gesetzliches Pfandrecht zusteht, müssen in feuersicheren Schränken gesondert aufbewahrt werden. Sie dürfen den Bankorganen nur unter Mitwirkung eines vom Regierungsrat eingesetzten Vertreters der Sparkassengläubiger zugänglich sein[166].

163 Entscheidend für die Frage, ob die Pflicht zur Pfandbestellung besteht ist der Sitz der Bankstelle, wo das betreffende Sparheft oder das dazugehörige Konto geführt wird. Dabei ist belanglos, ob die Daten einer im betreffenden Kanton domizilierten Bankstelle am ausserkantonalen Hauptsitz der Bank oder bei einer betriebsfremden Unternehmung ausserhalb des Kantons gespeichert und aufbereitet werden (z.B. BIRAG). Vgl. Bodmer D./Kleiner B./Lutz B., Kommentar, N. 2 zu Art. 16 BaG.

164 Vgl. Kleiner B., a.a.O., S. 122; Bodmer D./Kleiner B./Lutz B., Kommentar, N. 5–8 zu Art. 16 BaG; ZH G über die Sicherstellung von Spareinlagen vom 20. Februar 1938; BS G über das Pfandrecht für Spareinlagen vom 19. Mai 1938; TI Legge che regola le garanzie favore dei depositi a cassa di risparmio del 18. Oktober 1938; GL G vom 1. Mai 1938.

165 § 2 ZH G über die Sicherstellung von Spareinlagen vom 20. Februar 1938; In Basel können zur Pfanddeckung herangezogen werden: PC-Guthaben, Sichtguthaben bei Banken, innert längstens 3 Monaten fällige Guthaben auf Banken, bei der Nationalbank diskontierbare

Im Kanton Basel-Stadt sind die der Pfanddeckung dienenden Guthaben und Wertschriften in einem besonderen Register zu führen. Die Werttitel sind gesondert aufzubewahren und zu verwalten[167]. Der Gesamtwert der Pfänder hat stets dem Gesamtbetrag der pfandgesicherten Spareinlagen zu entsprechen[168]. Eine Bank, die diesen Vorschriften nicht genügt, hat auf Verfügung des Regierungsrates die Entgegennahme von Spareinlagen einzustellen.

Die kantonalen Bestimmungen erklären, wie dargelegt, nur bestimmte Arten von Aktiven als zulässige Pfandobjekte. Dadurch wird der Handlungsspielraum der betroffenen Banken empfindlich eingeschränkt. Der Leistungsumfang und das Sortiment (im Aktivgeschäft) können nicht mehr (nur) auf die Bedürfnisse des Marktes ausgerichtet werden; sie sind vielmehr im erforderlichen Umfang auf die Zusammensetzung des Sortiments des Passivgeschäftes abzustimmen. Die Einschränkung des Handlungsspielraums wirkt sich in erster Linie auf die Marketing-Zielsetzung aus (Zusammensetzung des Sortiments, geplanter Umfang der einzelnen Marktleistungen). Die eigentliche Absatzdurchführung wird solange nicht betroffen, als sich der Geschäftsumfang innerhalb der geplanten Grössen abwickelt. Werden aber die zulässigen Limiten erreicht, so können bestimmte Leistungen nicht mehr erbracht werden; d.h. die Bank muss zusätzliche Mittel, die ihr in Form von Spareinlagen zufliessen, im erwähnten Umfang für die, von den kantonalen Gesetzen vorgesehenen Anlagen verwenden. Verfügt die Bank nicht mehr über eine genügende Pfanddeckung, so muss sie ihre Aktiven so umschichten, dass die notwendige Pfanddekkung wieder vorhanden ist. Dazu müssen die übrigen Leistungen des Aktivgeschäfts eingeschränkt werden. Die Vorschriften über Pfandrechte zur Sicherstellung der Spareinlagen wirken sich in der Praxis nur auf die Aktivgeschäfte aus. Die Passivgeschäfte, insbesondere die unter dem Gesichtspunkt der Sortimentspolitik wichtige Entgegennahme von Spareinlagen müssen nicht eingeschränkt werden. Eine reine Sparkasse (bei der den Spareinlagen ein bedeutender Anteil am Passivgeschäft zukommt) mit vorwiegend kleineren Kunden, wird durch die kantonalen Bestimmungen besonders hart betroffen. Sie kann praktisch keine Aktivgeschäfte betreiben, die nicht zur Pfanddeckung herangezogen werden können, es sei denn, sie verbreitere ihr Sortiment von Passivleistungen oder verstärke ihre Eigenkapitalbasis.

Die Pfandrechte beziehen sich nur auf Spareinlagen, also auf Einlagen, die in irgendeiner Form durch den Ausdruck "Sparen" gekennzeichnet sind (z.B. Sparhefte, Sparkonten, Sparpläne)[169]. Nicht unter die Bestimmungen fallen Anlagehefte, Kassaobligationen etc. Diese Marktleistungen können in beliebigem Umfang angeboten werden. Sie sind aber kein vollwertiger Ersatz für die betroffenen Angebote. Denn sie unterscheiden sich materiell nicht nur durch das Fehlen des Aus-

oder verpfändbare Wechsel, Schatzscheine und Obligationen sowie Grundpfänder auf inländischen Grundstücken,die höchstens zwei Drittel des Grundstückwertes darstellen (§ 2).

166 §§ 3 und 4 ZH G über die Sicherstellung von Spareinlagen.

167 § 3 BS G über das Pfandrecht für Spareinlagen.

168 § 2 BS G über das Pfandrecht für Spareinlagen.

169 Vgl. Art. 15 Abs. 1, Art. 16 Abs. 1 BaG.

drucks "Sparen" von diesen[170]. Selbst wenn sie gleich ausgestaltet werden wie Spareinlagen (z.B. M-Obligationen), so fehlt ihnen doch ein wichtiges Merkmal: das Konkursprivileg[171].

Die Wertpapiere, an denen ein gesetzliches Pfandrecht besteht, können schliesslich auch nicht zur Refinanzierung (Lombardkredit) bei der Nationalbank herangezogen werden. Dadurch wird die Möglichkeit, Liquiditätsengpässe zu überbrükken, beschränkt.

4.4.3. Höchstpreisvorschriften

Da auf Bundesebene zur Zeit eine Regelung des Kleinkredits noch fehlt, liegt das Schwergewicht der Missbrauchsbekämpfung heute (noch) bei den Kantonen. Sie können, gestützt auf Art. 73 Abs. 2 OR *Bestimmungen gegen Missbräuche im Zinswesen* aufstellen. Allerdings hat nur ein kleiner Teil der Kantone von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht. Öffentlich-rechtliche Bestimmungen über Kleinkredite hat 1942 erstmals der Kanton Zürich in seinem EG zum ZGB erlassen (Art. 212 ff.). Darin werden die gewerbsmässigen Darleiher, Darlehens- und Kreditvermittler einer Bewilligungspflicht, der Aufsicht der Volkswirtschaftsdirektion und einer Höchstzinsregelung unterworfen. Die Einzelheiten und vor allem auch eine Reihe von Vorschriften über den Vertragsabschluss (Formvorschriften) und die Werbung sind in der Verordnung über die Darleiher, Darlehens- und Kreditvermittler vom 10.12.1943 geregelt. Eine ähnliche Regelung kennt der Kanton Genf mit seinem "Loi sur les prêteurs professionnels, les prêts d'argent et l'octroi du crédit du 24 juin 1944". Daneben ist seit dem 1.7.1958 das "Interkantonale Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen" vom 8.10.1957 in Kraft. Diesem Konkordat sind bisher acht Kantone, nämlich Bern, Zug, Freiburg, Schaffhausen, Waadt, Wallis, Neuenburg und Genf beigetreten[172].

Höchstpreisvorschriften gelten demnach nur in neun Kantonen. Sie können aber auf die übrigen ausstrahlen. Das Bundesgericht hat nämlich im BGE 93 II 198 erklärt, das Konkordat dürfe bei der Beurteilung, ob ein Zins gegen die guten Sitten verstosse (OR 20) auch in den restlichen Kantonen zum Vergleich herangezogen werden.

Mit dem Inkrafttreten der vorgesehenen Konsumkreditgesetzgebung werden die kantonalen Vorschriften über Kleinkredite aufgehoben. Vorbehalten bleiben lediglich noch polizeiliche Bestimmungen, die den Rahmen des beabsichtigten Sozialschutzes sprengen.

170 falsch deshalb Heinrich P., a.a.O., S. 326.
171 Art. 15 Abs. 2 BaG; Art. 219 Abs. 4 SchKG.
172 AS 1958 S. 374; Albisetti E./Bodmer D./Rutschi E., a.a.O., S. 379; Kleiner B., a.a.O., S. 122.

Wer auf dem Gebiet der Konkordatskantone in irgendeiner Form Gelddarlehen oder Kredite gewährt, darf nach Art. 1 des Konkordats von der tatsächlich geschuldeten Summe pro Monat höchstens 1% für Zinse, Provisionen, Kommission und Gebühren und höchstens 1/2% für ausgewiesene Auslagen und Kosten fordern. Die Konkordatsbestimmungen sind auch auf die dem Bankengesetz unterstellten Banken anwendbar, soweit es sich um die Gewährung von Kleinkrediten handelt[173] [174]. Vorkehren zur Umgehung der Höchstsätze sind untersagt. So erwähnt das Konkordat zum Beispiel ausdrücklich, dass keine Schuldanerkennungen ausgestellt werden dürfen, die auf einen höheren Betrag als die wirklich gewährte Darlehens- oder Kreditsumme lauten. Ebensowenig darf die Gewährung eines Darlehens oder die Eröffnung eines Kredites von einer persönlichen Verpflichtung des Borgers oder Kreditnehmers abhängig gemacht werden, die dem Darleiher oder Kreditgeber mittelbar oder unmittelbar weitere Vorteile bringt (z.B. Zeichnung von Aktien oder Obligationen)[175]. Den namentlich aufgeführten verbotenen Verhaltensweisen kommt lediglich beispielhafter Charakter zu. Das Konkordat will grundsätzlich sämtliche Umgehungstatbestände erfassen. Zulässig ist einzig, dass die Gewährung eines die Summe von 2'000 Franken übersteigenden Kredits oder Darlehens (dessen Laufzeit mindestens 1 Jahr beträgt), vom Abschluss einer Versicherung auf das Ableben des Schuldners abhängig gemacht wird.

173 Art. 17 Abs. 1 lit. a des Konkordats; die ZH Verordnung über die Darleiher, Darlehens- und Kreditvermittler vom 10. Dezember 1942 unterstellt auch die dem BaG unterstehenden Banken und Sparkassen einer Bewilligungspflicht und staatlichen Aufsicht, wenn diese vornehmlich das Kleinkreditgeschäft betreiben (§§ 1, 2 lit. a ZH VO über Darleiher, Darlehens- und Kreditvermittler).

174 Das Konkordat beinhaltet ausserdem eine krasse Beschränkung des Rechts auf Werbung, indem in Art. 9 genau bestimmt wird, welchen Inhalt die Werbebotschaft aufweisen muss (Name, Firma, Geschäftssitz) und weitere Angaben verboten werden. Dadurch wird der Einsatz der Werbung materiell verunmöglicht; denn eine Werbebotschaft mit dem vorgeschriebenen Inhalt kann keinerlei Werbewirkung entfalten. Die erwähnte Bestimmung wurde allerdings vom Bundesgericht als (wenigstens teilweise) verfassungswidrig erklärt (unveröffentlichter BGE vom 4. März 1959 i.S. Bureau de crédit SA et cons. ca Kantone Waadt, Neuenburg und Genf; zitiert bei Kleiner B. a.a.O., S. 122 f.).
Eine weitere Beschränkung der Werbung liegt darin, dass gewisse Werbearten wie das Schneeballsystem ganz allgemein verboten werden (Art. 6 des Konkordats, § 12 ZH V über Darleiher, Darlehens- und Kreditvermittler). Beim Schneeballsystem wird mit einem Kunden ein reguläres Geschäft abgeschlossen und ihm zusätzlich eine Gutschrift oder Rückzahlung in Aussicht gestellt, wenn er weitere Kunden wirbt. Diese erhalten ihrerseits die gleiche Zusicherung. Eine solche progressive Kundenwerbung ist auch wettbewerbsrechtlich bedenklich, da sie wegen der Marktausschöpfung zu einer Verminderung der Gewinnaussichten führt, die für den einzelnen Teilnehmer nicht erkennbar ist (vgl. dazu von Büren B., Kommentar, S. 45). Schliesslich ist in den Konkordatskantonen die Veröffentlichung oder Verbreitung von Anzeigen, die mit den Bestimmungen des Konkordats nicht in Einklang stehen, verboten; insbesondere darf niemand auf dem Konkordatsgebiet (durch persönliche oder unpersönliche Werbung) veranlasst werden, ausserhalb dieses Gebietes Kredite und Darlehen zu Bedingungen nachzufragen, die dem Konkordat nicht entsprechen (Art. 9 Abs. 2, Art. 3 des Konkordats).

175 Art. 7, Art. 8 Abs. 1 des Konkordats; keine Anwendung findet Art. 8 Abs. 1 auf Kreditkassen auf Gegenseitigkeit, soweit diese für die Kreditgewährung den Erwerb eines Anteilscheines oder einer gleichwertigen Leistung vorsehen.

Das Konkordat setzt zwei Preiszähler fest, die durch die jeweiligen Teilpreise gesamthaft nicht überschritten werden dürfen. Als Preisbezugsbasis dient der tatsächlich geschuldete Betrag. Das Konkordat schliesst nicht aus, dass zur internen Berechnung der Teilpreise auf die Kreditlimite oder auf die nicht beanspruchte Kreditsumme abgestellt wird. Der Gesamtpreis darf jedoch die zulässigen Grenzen nicht überschreiten. Bei der Vermittlung von Darlehen oder Krediten darf vom Borger bzw. dem Kreditnehmer keine Entschädigung oder Kostenrückerstattung verlangt werden. Der Vermittler muss demzufolge allein vom Kreditgeber schadlos gehalten werden.

Durch die Vorschriften des Konkordats und die entsprechenden kantonalen Bestimmungen soll verhindert werden, dass die schwache Verhandlungsposition des Schuldners durch ungerechtfertigt hohe Preise ausgenutzt wird. Das Konkordat drängte sich vor allem deshalb auf, weil die strafrechtliche Bestimmung über den Wucher (Art. 157 StGB) nicht ausreichte, um der Ausbeutung der Kreditnehmer durch skrupellose Kreditinstitute wirksam entgegenzutreten; das zur Erfüllung des Tatbestandes des Wuchers notwendige "offenbare Missverhältnis" zwischen Leistung und Gegenleistung war in den meisten Fällen nicht nachzuweisen[176] [177].

Neben dem Zinskonkordat sind noch andere kantonale Bestimmungen für die Preisgestaltung der Banken relevant. So können die Kantone aufgrund der ihnen durch Art. 795 Abs. 2 ZGB übertragenen Befugnis Höchstzinssätze für *grundpfandgesicherte Forderungen* vorsehen. Davon haben die meisten Kantone Gebrauch gemacht[178], wobei sich die festgesetzten Maximalzinse in der Regel zwischen 4–6% bewegen. Die Fixierung solcher kantonaler Höchstpreise stellt einen Eingriff in die autonome Preisgestaltung dar und geht über die Bekämpfung des Wuchers hinaus. Sie lässt sich nicht mit polizeilichen Gründen rechtfertigen[179]. Vielmehr weist sie wirtschaftspolitischen Charakter auf und verstösst deshalb gegen die HGF[180]. Darüber hinaus erweisen sich diese kantonalen Vorschriften als äusserst unzweckmässig, denn sie berücksichtigen die Marktverhältnisse in keiner Weise. Sie können bewirken, dass die genannten Bankleistungen bei steigenden Zinssätzen nicht mehr erbracht werden können, da die Zinsmarge sich allzu sehr verengt oder gar negativ wird. Die Banken werden in einer solchen Situation dazu übergehen müssen, diese Geschäfte durch das indirekte Hypothekargeschäft (Verpfändung von Schuldbriefen) zu substituieren, da diese Marktleistungen keinen Höchstpreisvorschriften unterliegen[181].

176 Albisetti E./Bodmer D./Rutschi E., a.a.O., S. 379; vgl. dazu auch Stratenwerth G., Bd. II, S. 254; BGE 93 IV 88; 80 IV 20; 92 IV 134.

177 Solange man noch daran zweifeln kann, ob ein Missverhältnis gegeben ist, scheidet Art. 157 StGB aus (Stratenwerth G., Bd. II, S. 254).

178 Vgl. Leemann H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, 2. Abt., Bern 1925, N. 19–27 zu Art. 795.

179 Heinrich P., a.a.O., S. 357 f.; Leemann H., Kommentar, N. 10 zu Art. 795.

180 Heinrich P., a.a.O., S. 358.

181 Albisetti E./Bodmer D./Rutschi E., a.a.O., S. 435; Leemann H., Kommentar, N. 13 zu Art. 795.

Der Vollständigkeit halber ist schliesslich auf die kantonalen Zinsfussmaxima hinzuweisen, die für das *Versatzpfandgeschäft* bestehen. Diese Höchstpreise stützen sich auf Art. 915 ZGB. Da diese Dienstleistung jedoch nur in seltenen Fällen im Sortiment der Banken anzutreffen ist (z.B. Zürcher Kantonalbank), kann auf weitere Ausführungen darüber verzichtet werden[182].

4.4.4. Vorschriften über den Wertpapierhandel

Eine Reihe von Kantonen hat gewerbepolizeiliche Spezialgesetze erlassen, die den gewerbsmässigen Handel mit Wertpapieren einer staatlichen Bewilligungspflicht unterstellen[183]. Von dieser Bewilligungspflicht ausgenommen ist der Handel mit Wechseln, wechselähnlichen Papieren, Schuldbriefen und Gülten[184]. Der Effektenhandel wird zum grössten Teil über die straff organisierten Börsen abgewickelt[185]. Die wirtschaftlich weitaus wichtigste Rolle spielt dabei die Zürcher Effektenbörse. Auch die Börsen von Basel und Genf nehmen gesamtschweizerisch eine wichtige Stellung ein, während die andern Börsen (Bern, St. Gallen, Neuenburg, Lausanne) lediglich von lokaler Bedeutung sind. Der öffentlichen Aufsicht unterstehen nur die drei grossen Effektenbörsen[186]; die übrigen sind private Institutionen und unterstehen der Aufsicht der statutarisch bestellten Organe. Zur Ausübung des Wertpapierhandels an der Börse werden nur Börsenagenten mit einer entsprechenden Bewilligung zugelassen. Diese Bewilligung (Polizeierlaubnis)[187] wird sowohl natürlichen als auch juristischen Personen erteilt. Die Zulassung einer juristischen Person schliesst allerdings die Zulassung ihrer zeichnungsberechtigten Vertreter nicht ein. Diese benötigen vielmehr eine besondere Genehmigung, die von den gleichen Voraussetzungen abhängig gemacht wird wie die selbständige Zulassung der Börsenfirmen (doppelte Bewilligungspflicht)[188]. Die Bewilligung wird (neben andern Vor-

182 Vgl. dazu: Heinrich P., a.a.O., S. 359 ff.; Oftinger K., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich 1952, N. 2–3 zu Art. 915.

183 BS Gesetz über den Wertpapierhandel und die Effektenbörse vom 17. Februar 1944 (BöG); ZH Gesetz betreffend den gewerbsmässigen Verkehr mit Wertpapieren vom 22. Dezember 1912 (WPG); GE loi sur la bourse de Genève du 20. Dezember 1858.

184 § 1 BS BöG; §§ 1, 2 ZH WPG.

185 Die gewerbsmässige Ausübung des Wertpapierhandels an der Zürcher Börse ist von Gesetzes wegen mit der Mitgliedschaft beim Effektenbörsenverein verbunden (§ 10 ZH WPG). Diese Vereinigung von Börsenagenten kann als öffentlich-rechtliche Zwangskooperation qualifiziert werden (vgl. Vontobel H.D., Kritische Betrachtungen zum Recht der schweizerischen Effektenbörse, Zürcher Diss. 1972, S. 76 und dortige Hinweise). Mit der Zulassung als Börsenagent sind eine Reihe von Pflichten verbunden, die sich sowohl aus dem Gesetz (§§ 13, 14 ZH WPG), als auch aus der Zwangsmitgliedschaft beim Effektenbörsenverein (Vereinskaution, Kautionsversicherung etc.) ergeben.

186 § 31 Abs. 1 ZH WPG; Vontobel H.D., a.a.O., S. 129 ff.

187 Das basel-städtische Börsengesetz spricht unrichtig von Konzession (§ 2).

188 § 9, § 4 ZH WPG; anders: § 15 BS BöG; § 3 Abs. 4 ZH WPG; § 3 Abs. 1 BS BöG.

aussetzungen) vom Wohnsitz bzw. dem Geschäftsdomizil im betreffenden Kanton abhängig gemacht[189]. Dadurch werden auswärtige Banken zum vornherein vom Wertpapierhandel an der Börse ausgeschlossen. Sie haben lediglich die Möglichkeit, durch Errichtung einer im betreffenden Kanton domizilierten Tochtergesellschaft oder Filiale doch noch die nötigen Voraussetzungen zu erfüllen.

Neben dem eigentlichen Börsenhandel werden in bedeutendem Umfang Geschäfte im freien Verkehr (Telefonhandel; over the counter) ausserbörslich abgewickelt. An diesem freien Effektenmarkt werden neben nicht kotierten Wertpapieren auch in recht grossem Umfang kotierte Werte umgesetzt[190]. So erstaunt es nicht, dass die Börsengesetze auch den gewerbsmässigen ausserbörslichen Wertpapierhandel als bewilligungspflichtig erklären[191].

Auch wenn eine Bank nicht zum Ring zugelassen ist, werden ihre Marketinganstrengungen kaum betroffen. Die Banken können auch ohne Börsensitz jede gewünschte Marktleistung erbringen. Die einzige Benachteiligung besteht darin, dass die Courtage mit der Börsenbank, über die die Geschäfte abgewickelt werden, geteilt werden muss. Überdies sind die Banken nicht in jedem Fall auf die Mitwirkung einer am Ring vertretenen Bank angewiesen. Sie können vielmehr Titel ausserbörslich kaufen oder verkaufen oder aus eigenen Beständen Titel an ihre Kunden abgeben (Selbsteintritt des Kommissionärs). Daneben ist zu beachten, dass bei grösseren Banken täglich Kauf- und Verkaufsaufträge der gleichen Titel eintreffen, so dass interne Kompensationen (zum Marktpreis) vorgenommen werden können und lediglich die Spitzen über den Markt beschafft bzw. verkauft werden müssen.

In § 16 ZH WPG werden bestimmte Tätigkeiten der Wertpapierhändler untersagt[192]. Diese Beschränkungen sind polizeilich motiviert und dienen dem Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. So wird neben anderem[193] "der *Abschluss von Termingeschäften*, die sich als offensichtliche Spekulationen kennzeichnen, mit oder für Rechnung von Beamten und Angestellten des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, ebenso mit oder für Rechnung von Geschäftsangestellten ohne schriftliche Bewilligung der Geschäftsinhaber" verboten[194]. Dadurch soll verhindert werden, dass Beamte und Angestellte in Schulden geraten und deshalb zu Vermögensdelikten zum Schaden ihrer Arbeitgeber veranlasst werden könnten[195].

189 Die weiteren Voraussetzungen sind: guter Ruf, fachliche Kenntnisse, bürgerliche Ehren, Bezahlung einer jährlichen Gebuhr sowie Hinterlegung einer Realkaution (§§ 3, 7, 8 BS BöG; §§ 3, 6 ZH WPG). Vgl. dazu: Vontobel H.D., a.a.O., S. 118 ff., S. 125.

190 Vgl. Vontobel H.D., a.a.O., S. 35; Albisetti E./Bodmer D./Rutschi E., a.a.O., S. 267 f.

191 § 2 BS BöG.

192 Vgl. auch: § 6 BS BöG, § 159 BS Polizeistrafgesetz vom 23. September 1872.

193 Veranlassung von Scheinofferten und Scheingeschaften, Verbreitung falscher Nachrichten, Abschluss von Wertpapiergeschäften mit unmündigen oder bevormundeten Personen etc.

194 § 16 Ziff. 6 ZH WPG; § 159 BS Polizeistrafgesetz; das basel-städtische Gesetz dehnt das entsprechende Verbot auch auf das Prämiengeschäft aus.

195 Vgl. die Kritik dieser Vorschrift bei Heinrich P., a.a.O., S. 400 f.

Die erwähnte Kundengruppe wird durch diese Vorschrift nicht generell von allen Termingeschäften ausgeschlossen; sondern nur von solchen, die einen offensichtlich spekulativen Charakter aufweisen. Darunter sind folgende Geschäfte zu verstehen: der Aufbau von Terminpositionen bei fehlenden finanziellen Mitteln; der Abschluss von Leerverkäufen, bei denen die Titel auf Termin verkauft werden und zum gegebenen Zeitpunkt zu einem ungewissen Kurs eingedeckt werden müssen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang indessen, dass Termingeschäfte nicht nur zu spekulativen Zwecken abgeschlossen werden; sie können im Gegenteil der Absicherung von Risiken dienen. Entscheidend für den Charakter eines Geschäfts ist das Motiv des Bankkunden. Nun ist es aber für die Bank schwierig, die einem Geschäft zugrunde liegenden wirklichen Motive zu ergründen. Die Bank ist aber auch nicht verpflichtet nach diesen Beweggründen zu forschen. Der Wortlaut der Bestimmung untersagt die Termingeschäfte nur, wenn es auf der Hand liegt ("offensichtlich ist"), dass das Geschäft spekulativ ist. Das hat allerdings zur Folge, dass geschickt getarnte Geschäfte nicht betroffen werden. Immerhin muss die Bank beim Abschluss von Termingeschäften eine gewisse Sorgfalt walten lassen. Das ergibt sich schon aus § 16 Ziff. 10 ZH WPG. Diese Bestimmung verbietet der Bank, Geschäfte mit Personen abzuschliessen, deren Mittellosigkeit oder Zahlungsunfähigkeit ihr bekannt ist oder (bei Anwendung gehöriger Sorgfalt) wenistens bekannt sein müsste. Zudem ist die Bank aufgrund der gleichen Vorschrift verpflichtet, vor dem Abschluss von Termin- und Prämiengeschäften die Identität des Auftraggebers festzustellen. Liegen geordnete Verhältnisse vor, so erscheint ein Terminkauf nicht als offensichtlich spekulativ; das finanzielle Engagement kann genau abgeschätzt werden. Anders bei einem Leerverkauf. Hier ist der Umfang des finanziellen Risikos allein von der zukünftigen Kursentwicklung abhängig. Für die Bank ist es allerdings äusserst schwierig zu beurteilen, ob wirklich ein Leerverkauf vorliegt, denn sie weiss bei weitem nicht in allen Fällen (selbst wenn sie ein Wertschriftendepot verwaltet) über die Vermögensverhältnisse und Geschäfte ihrer Kunden Bescheid. Allgemein darf bei einem Terminverkauf wohl nicht ohne weiteres angenommen werden, es handle sich um kein spekulatives Geschäft. Vielmehr muss von der Bank zum mindesten verlangt werden, dass sie nachprüft, ob sich die verkauften Titel im Wertschriftendepot des Kunden befinden. Ist dies nicht der Fall, so sollte versucht werden, die Zusammenhänge der Transaktion und die entsprechenden Motive des Geschäftspartners zu ergründen.

Im übrigen sind auch Komptantgeschäfte, die zum Zwecke der Umgehung des verbotenen Termingeschäfts abgeschlossen werden, untersagt[196]. In der Tat besteht die Möglichkeit, durch Kassageschäfte einen ähnlichen Effekt zu erzielen wie mit Terminoperationen (Komptantverkauf von Wertschriften, über die man nicht verfügt und Beschaffung derselben innert der Einlieferungsfrist von 5 Tagen; Komptantverkauf auf Kreditbasis). Das ZH WPG will generell alle Umgehungsgeschäfte ausschliessen; die Banken sollen der erwähnten Kundengruppe keine Geschäfte mit spekulativem Charakter ermöglichen können. Durch diese Beschränkung wird nicht

196 § 16 Ziff. 11 ZH WPG.

nur das Marketing der Banken, sondern auch die freie Betätigung eines bestimmten Personenkreises betroffen. Zwar ist ein polizeiliches Motiv für die Einschränkung durchaus gegeben. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb alle Termingeschäfte, denen ein spekulatives Motiv zugrundeliegt, ausgeschlossen werden sollen. Wenn der Kunde ein Verlustrisiko finanziell verkraften kann, sollten derartige Engagements zugelassen werden, weil die Spekulation à la Baisse durch Leerverkäufe nicht entsprechend risikoreicher ist als die nach wie vor mögliche Spekulation à la Hausse durch Barkäufe. Überdies muss man in Betracht ziehen, dass die genannten Personen mangels einer eidgenössischen Regelung spekulative Termingeschäfte ohne Einschränkung in einem andern Kanton tätigen können. Die Beeinträchtigung der Geschäftstätigkeit der unterworfenen Banken und die Beschränkung der freien Betätigung der erwähnten Kundengruppe steht also nicht nur in einem unangemessenen Verhältnis zum angestrebten Zweck; sie erscheint vielmehr auch ungeeignet, das Ziel zu erreichen und muss deshalb als unverhältnismässig abgelehnt werden.

4.4.5. Vorschriften über die Anlage und Verwahrung von Mündelvermögen

Die Kantone haben gemäss Art. 425 ZGB Bestimmungen über die Anlage und die Verwahrung von Mündelvermögen zu erlassen. Sie haben insbesondere zu umschreiben, bei welchen Kreditinstituten und in welchen Werttiteln Gelder zinstragend anzulegen und wo zu einem Mündelvermögen gehörende Wertsachen aufzubewahren sind (Art. 399 und 401 ZGB). Während mehrere Kantone die Kantonalbank als alleiniges Institut bezeichnen, das diese Geschäfte tätigen kann (z.B. Basel-Land, Uri, St. Gallen)[197], sind in andern Kantonen auch andere Kreditinstitute zu diesen Geschäften zugelassen[198]. So können beispielsweise im Kanton Solothurn Mündelgelder (ausser bei Institutionen mit Staats- oder Gemeindegarantie) bei weiteren im Kanton domizilierten Bankinstituten angelegt und verwahrt werden. Diese können die staatliche Anerkennung erlangen, wenn sie dem BaG unterstehen, öffentliche Rechnung ablegen und sich verpflichten, dem Gemeindeinspektor die gewünschten Auskünfte zu erteilen[199]. Im Kanton Aargau können Mündelgelder bei

197 BL EG zum ZGB vom 30. Mai 1911 § 52; Art. 16, 17 SG VO zum EG zum ZGB. § 53 Abs. 2 UR EG zum ZGB; Zirkular des Regierungsrates vom 13. Dezember 1913.

198 Vgl. die ausführliche Darstellung der kantonalen Regelungen bei Senn H.J., Mündelsichere Kapitalanlagen, Zürcher Diss. 1972, S. 15 ff.; Kaufmann J., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, Familienrecht, 3. Abt. Die Vormundschaft, 2. Auflage, Bern 1924, Art. 399, N. 8–11; Egger A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, Das Familienrecht, 2. Auflage, Zürich 1948, Art. 399, N. 10.

199 § 134 SO EG zum ZGB; § 4 VO des KR über das Mündelvermögen vom 12. Oktober 1955; diese Auskünfte beziehen sich auf die Bilanz und die Gesamtsumme der entgegengenommenen Mündelvermögen. Anstelle dieser Auskunft kann dem Gemeindeinspektor eine Bescheinigung der bankengesetzlichen Revisionsstelle eingereicht werden, aus der hervorgeht, dass die ausgewiesenen Verbindlichkeiten ausreichend gedeckt sind und das Grundkapital intakt ist (§ 5 der Verordnung).

den dem BaG unterstellten Instituten bis zum konkursprivilegierten Höchstbetrag von 5'000 Franken angelegt werden[200]. In Zürich wird die Ermächtigung zur Verwahrung erteilt, wenn eine Real- oder Personalkaution geleistet wird oder für die Aufbewahrung besondere feuersichere Kassen zur Verfügung gestellt werden, deren Schlüssel in den Händen der Vormundschaftsbehörde liegen[201]. Die Vorschriften des ZGB dienen dem Schutze des Mündelvermögens. Durch Umschreibung besonders wertbeständiger, sicherer, möglichst keinen Kursschwankungen unterworfener Anlagen und durch die Auswahl besonders vertrauenswürdiger, solider Institute soll gewährleistet werden, dass das Mündelvermögen keinen Risiken ausgesetzt wird und nicht Gefahr läuft, an Wert einzubüssen. Die Anlage und Verwahrung von Mündelvermögen kann von einer Bewilligung (Polizeierlaubnis) abhängig gemacht werden und an Bedingungen geknüpft werden, die dem Schutz des Vermögens dienen[202]. Bleibt die Ausübung dieser Geschäfte allein den Kantonalbanken vorbehalten, so liegt meines Erachtens ein zu weit gehender polizeilicher Eingriff vor, der die übrigen Konkurrenten vom Wettbewerb fernhält[203], wird doch einer Kundengruppe die Inanspruchnahme wichtiger Marktleistungen der andern Banken verwehrt. Betroffen werden sowohl die Passivgeschäfte (Sparhefte, Kassaobligationen) als auch indifferente Geschäfte (Depotgeschäft, Vermietung von Schrankfächern)[204]. Ein Ausschluss der privaten Kreditinstitute erscheint nicht gerechtfertigt, da die meisten dieser Banken eine hinreichende Sicherheit gewährleisten. Praktisch alle Geschäftsbanken können das in Art. 399 ZGB verlangte Erfordernis der Deponierung der Wertsachen an sicheren Orten erfüllen. Ebenso müssen zumindest Spareinlagen (wenigstens bis zum konkursprivilegierten Betrag von 5'000 Franken) als mündelsichere Anlagen betrachtet werden[205]. Ein völliger Ausschluss der privaten Kreditinstitute vom Wettbewerb ist also ein polizeilicher Eingriff, der dem Prinzip der Verhältnismässigkeit und dem Grundsatz der Rechtsgleichheit widerspricht.

200 § 5 Abs. 1 lit. e AG VO über das Vormundschaftswesen vom 9. Dezember 1911.

201 § 9 ZH VO betreffend Aufbewahrung von Mündelvermögen bei Banken vom 16. Dezember 1911, § 101 Abs. 3 ZH EG zum ZGB.

202 Wird die Ausübung der in Frage stehenden Geschäftstätigkeit von einer Bewilligung abhängig gemacht, dann wird lediglich (noch) die Absatzdurchführung der Banken betroffen, die die Bewilligung nicht erhalten, weil sie die erforderlichen Bedingungen nicht erfüllen. Diese Beschränkung ist im Interesse der Bevormundeten hinzunehmen.

203 Vgl. Senn H.J., a.a.O., S. 14; a.M.: Heinrich P., a.a.O., S. 149.

204 Die unter Vormundschaft stehenden Personen werden im allgemeinen ihre bisherige Bankbeziehung auch dann aufrechterhalten, wenn das Vormundschaftsverhältnis weggefallen ist. Deshalb zeitigt die Benachteiligung der privaten Institute eine besonders nachhaltige Wirkung.

205 Senn H.J., a.a.O., S. 69 f., 92; Egger A., Kommentar, N. 11 zu Art. 401.

4.4.6. Bestimmungen über die Depositenstelle bei Aktienkapitaleinzahlungen

Bei der Gründung oder der Kapitalerhöhung einer Aktiengesellschaft in Form der Barliberierung sind die Einzahlungen vor der konstituierenden Generalversammlung (bzw. der GV, welche die Kapitalerhöhungen festzustellen hat) bei einer von den Kantonen zu bezeichnenden Depositenstelle auf den Namen der Gesellschaft zu hinterlegen (Art. 633 Abs. 3 OR). Diese Bestimmung bezweckt, ein schwindelhaftes Vorgehen bei Gründungen und Kapitalerhöhungen von Aktiengesellschaften zu erschweren. Durch das Einschalten einer objektiven und neutralen Stelle, der eine Schutz- und Kontrollfunktion zukommt, soll verhindert werden, dass keine oder nur fiktive Zahlungen geleistet werden[206]. Namentlich interessierte Dritte sollen Gewissheit haben, dass die vorgesehenen Zahlungen wirklich geleistet wurden und der Gesellschaft nach der Gründung zur Verfügung stehen. Da bei der Aktiengesellschaft die Haftung auf das Aktienkapital beschränkt ist, liegt dem Gesetzgeber viel daran, dass das Grundkapital auch wirklich eingebracht wird[207]. Die Kantone können diejenigen Institute als Depositenstelle bezeichnen, die ihnen für diese Aufgabe als geeignet und vertrauenswürdig erscheinen. Sämtliche Kantone haben wiederum ihre Kantonalbank als Depositenstelle bezeichnet. Während in einer Mehrzahl der Kantone lediglich die Kantonalbank als Depositenstelle fungiert (z.B. Zürich, Basel-Land)[208], können in andern Kantonen (Solothurn, Basel-Stadt, Aargau, Glarus, Bern, Genf) neben dem staatlichen Institut weitere Banken mit dieser Aufgabe betraut werden. Zum Beispiel lässt der Kanton Solothurn alle vom Regierungsrat als mündelsicher bezeichneten oder anerkannten Bankinstitute als Depositenstellen zu (§ 357 SO EG zum ZGB). Im Kanton Bern kann der Regierungsrat nach Ermessen und auf Gesuch hin andere Banken als Depositenstellen bezeichnen[209]. Wenn lediglich die Kantonalbank Depositenstelle sein kann, so werden die privaten Kreditinstitute, die zur Ausübung der Depositarfunktion ebenso geeignet erscheinen, in nicht leicht zu nehmender Weise benachteiligt. Der Wettbewerb wird in einem Teilbereich völlig ausgeschaltet. Die betroffenen Banken müssen auf einen Bestandteil ihres Sortiments verzichten. Dies ist zwar insofern nicht allzu schmerzlich, als die in Frage stehende Marktleistung an sich kein wirtschaftlich sehr interessanter und zentraler Angebotsteil ist. Allerdings kann dieser Leistung eine wichtige Zubringerfunktion zukommen, bietet sich doch der Depositenstelle Gelegenheit, persönlichen

206 Siegwart A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Zürich 1945, Art. 633, N. 9; Amrein F., Rechtsfragen zur Hinterlegungspflicht für Aktienkapital-Einzahlungen, Schweizerische Aktiengesellschaft 1964, S. 113; BGE 64 II 280.

207 Kreisschreiben des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 21. Januar 1948, BBl 1948 I, S. 683.

208 ZH RRB über die kantonale Depositenstelle für die Hinterlegung von einbezahltem Aktienkapital vom 1. Juli 1937; BL RRB betreffend die Bezeichnung einer Depositenstelle für die Aktienliberierung vom 30. Juni 1937.

209 BE VO betreffend Einführung des BG vom 18.Dezember 1936 über die Revision des Titels XXIV bis XXXIII des OR vom 17. August 1951.

Kontakt mit der neuen Aktiengesellschaft aufzunehmen und ihr weitere Dienstleistungen anzubieten. Dadurch können sich die zugelassenen Banken einen gewissen Wettbewerbsvorsprung sichern. Diesem Aspekt ist insofern besondere Bedeutung zuzumessen, als die Kantonalbanken bestrebt sind, ihre Anstrengungen im kommerziellen Geschäft zu intensivieren. Der Ausschluss privater Bankinstitute kann nicht durch den Zweck der Bestimmung des OR gerechtfertigt werden, will diese Vorschrift doch lediglich eine zentrale Stelle mit Kontrollfunktion schaffen[210]. Er muss als unverhältnismässiger Eingriff in die private Erwerbstätigkeit abgelehnt werden. Die Benachteiligung wird übrigens besonders deutlich, wenn beachtet wird, dass die Hinterlegung bei einer beliebigen schweizerischen Depositenstelle stattfinden kann[211]. Dadurch werden ausserkantonale, als Depositenstellen anerkannte Banken gegenüber innerkantonalen, denen diese Funktion versagt wird, bevorzugt.

4.4.7. Schalteröffnungszeiten

Da die Kreditinstitute ihre Geschäfte mit den Massenkunden vor allem am Schalter tätigen, stellt sich die Frage, ob sie den kantonalen Ladenschlussgesetzen unterstehen[212].

Vorerst muss beachtet werden, dass die Kantone auch nach dem Erlass des BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13.3.1964 in bestimmten Bereichen des Arbeitsrechts legiferieren können. So werden in Art. 71 lit. c ArG namentlich Polizeivorschriften der Kantone und Gemeinden über die Öffnungszeiten von Betrieben, die dem Detailverkauf dienen, vorbehalten. Fraglich ist nur, ob die Distribution von Bankleistungen über den Schalter als Detailverkauf im Sinne des ArG zu betrachten ist. Der Begriff des Detailverkaufs ist wohl dem Detailhandel (Einzelhandel) gleichzustellen. Darunter wird die letzte Stufe einer Distributionskette zwischen Produzent und Konsument verstanden; also diejenige Handelsstufe, welche die Marktleistung dem Konsumenten erbringt. Wird der genannten Bestimmung dieser Begriff zugrunde gelegt, so sind die Kantone ohne weiteres befugt, auch die Banken ihren Ladenschlussbestimmungen zu unterwerfen. Zwar könnte aus dem Wortlaut des Gesetzes (das von Detailverkauf spricht) geschlossen werden, der Bundesgesetzgeber wolle nur Warenhandelsbetriebe (die Kaufverträge abschliessen), nicht aber Dienstleistungsunternehmen einer kantonalen Regelung vorbehalten. Das kann aber weder Sinn und Zweck des ArG, noch der Wille des historischen Gesetzgebers sein, würden doch durch eine solche Unterscheidung bestimmte Betriebe (z.B. Reisebüros, Coiffeurbetriebe, Schuhmachergeschäfte)

210 Anderer Meinung offenbar Heinrich P., a.a.O., S. 150 f.

211 Siegwart A., Kommentar, Art. 633, N. 10; Amrein F., a.a.O., S. 116; so auch ausdrücklich: § 357 Abs. 3 SO EG zum ZGB vom 4. April 1954.

212 Der hier verwendete Begriff des Schalters ist in einem sehr weiten Sinn zu verstehen, da grundsätzlich jedes im Bankgebäude abgewickelte Geschäft miteinbezogen werden soll.

in nicht zu rechtfertigender Weise ungleich behandelt[213]. Aber selbst wenn die Dienstleistungsbetriebe von einer kantonalen Regelung ausgeschlossen werden[214], wäre es möglich, die Banken den kantonalen Bestimmungen zu unterstellen; denn es gibt eine Reihe von Bankleistungen, die am Schalter "verkauft" werden (Edelmetall, Goldmünzen, Traveller-Checks, fremde Banknoten).

Die Ladenschlussgesetze legen im allgemeinen eine Zeitspanne fest, während der die Schalter geschlossen sein müssen. Die Banken können ihre Schalterkunden also *nicht zu beliebigen Zeitpunkten bedienen,* obwohl eine gewisse Ausdehnung der Öffnungszeiten den Bedürfnissen der Nachfrager durchaus entspräche[215]. So können sie – nach den Ladenschlussgesetzen – ihre Kunden in der Regel nicht am Abend bedienen, wenn dies nach den Bestimmungen des ArG auch möglich wäre[216]. Die Ladenschlussgesetze sehen ausserdem einen wöchentlichen Halbtag vor, an welchem die Läden geschlossen bleiben müssen. Da die Banken zumeist die 5-Tage-Woche kennen und samstags geschlossen sind, erübrigt sich bei ihnen eine solche Einschränkung[217]. Das Bundesgericht hat in seiner neusten Rechtsprechung festgestellt, dass eine Vorschrift, die eine Schliessung aller Geschäfte an einem bestimmten Halbtag vorsehe, gegen die HGF verstosse (BGE 98 I 404 E. 6; 101 Ia 488). Es müsse – so das Bundesgericht – den Geschäften eine Wahlfreiheit eingeräumt werden, die nur aus Gründen des öffentlichen Interesses eingeengt werden darf. Eine gewisse Einschränkung rechtfertige sich, um eine staatliche Kontrolle zu ermöglichen oder zu erleichtern. Daraus folgt meines Erachtens, dass diejenigen Banken, die ihre Schalter an Samstagen geöffnet haben (z.B. bestimmte Niederlassungen der Genossenschaftlichen Zentralbank), sich irgendeinen Halbtag für die Schliessung der Schalter aussuchen können. Eine Limitierung der Wahlmöglichkeit aus kontrolltechnischen Gründen wäre im Bankengewerbe sicher nicht zu rechtferti-

213 Vgl. Pfanner J., Arbeitszeit und Freizeit des Ladenpersonals in rechtlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in der Stadt Bern, Berner Diss., Winterthur 1964, S. 48.

214 Die kantonalen Regelungen sind uneinheitlich. Verschiedene Bestimmungen erfassen nur den Warenhandel (BE G über Handel, Gewerbe und Industrie vom 4. Mai 1969 (Art. 20 Abs. 1); SG G über den Ladenschluss vom 21. März 1972 (Art. 1); ZH G über die öffentlichen Ruhetage und über die Verkaufs- und Arbeitszeit im Detailhandel vom 3. April 1949 (§ 7)). Andere erstrecken sich auch auf Dienstleistungsbetriebe (BS G betreffend das Offenhalten der Verkaufslokale an Werktagen vom 26. Februar 1942 (§ 1); dieses Gesetz erwähnt ausdrücklich auch die Wechselstuben).

215 In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass die zeitliche Leistungsbereitschaft nicht in erster Linie durch die Ladenschlussgesetze, sondern in viel grösserem Ausmass durch die kartellistischen Absprachen im Rahmen der regionalen und lokalen Bankenvereinigungen beeinträchtigt wird. Diese unterwerfen die Mitgliedbanken so einschneidenden zeitlichen Beschränkungen, dass eine bedürfnisgerechte Gestaltung der Öffnungszeiten fraglich wird.

216 Das ArG liesse es zu, die Schalter am Abend bis 20.00 Uhr und wenn ein Bedürfnis nachgewiesen werden kann (mit Bewilligung der kantonalen Behörde), sogar bis 22.00 Uhr (eventuell sogar bis 23.00 Uhr) zu öffnen (Art. 10 ArG).

217 Eine Schliessungspflicht, die länger als einen halben Werktag je Woche dauert, widerspricht der Verhältnismässigkeit und damit Art. 31 BV (BGE 101 Ia 486).

gen; es ist der Verwaltung durchaus zuzumuten, die realtiv geringe Zahl von Banken, die nicht am Samstag geschlossen sind, individuell zu überwachen.

Indem die Schalter nicht beliebig geöffnet bleiben dürfen, wird den Kreditinstituten die Möglichkeit genommen, ihre Leistungsbereitschaft restlos auf die Bedürfnisse ihrer Absatzpartner abzustimmen. Die Bankleistung kann mit andern Worten nicht durch die Zusatzleistung einer attraktiven Öffnungszeit ergänzt werden. Diese Beschränkung ist nicht wettbewerbsneutral. Sie trifft in erster Linie Banken, die das Massengeschäft betreiben und ihre Geschäfte am Schalter abwickeln. Denn unter die Bestimmungen der Ladenschlussgesetze fallen lediglich die Geschäfte, die über die Schalter abgewickelt werden[218]. Hingegen können Bankgeschäfte auch ausserhalb der Schalteröffnungszeiten telefonisch und brieflich getätigt werden; diese Aktivitäten unterliegen lediglich den Beschränkungen des ArG[219]. Ausserdem können Leistungen durch Automaten erbracht (BGE 84 I 112) und über den Aussendienst abgesetzt werden.

Das öffentliche Interesse für eine Beschränkung der Öffnungszeiten kann nicht mehr im Arbeitnehmerschutz liegen, nachdem dieser im ArG in bestimmten Bereichen einheitlich und abschliessend geregelt worden ist. Hingegen können die Ladenschlussgesetze den Schutz derjenigen Personen bezwecken, die zwar im Verkaufsbetrieb tätig sind, dem ArG jedoch nicht unterstehen (Ladeninhaber, deren Familienangehörige, gewisse leitende Angestellte)[220]. Im Bankbetrieb dienen die Vorschriften der Ladenschlussgesetze also dem Schutz der Hauptkassiere und der Kundenberater im Wertschriftengeschäft (sofern sie eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne des ArG ausüben)[221]. Der Schutz dieser Personen kann jedoch auch auf die im Innenbereich tätigen leitenden Angestellten ausstrahlen, da deren Tätigkeit (wenigstens zum Teil) in engem Zusammenhang mit dem Absatz der Bankleistungen über die Schalter steht (z.B. Leiter der Buchhaltungsabteilung). Die Ladenschlussgesetze dürfen aber nicht dazu führen, dass die im ArG vorgesehene Dauer der Ruhezeit durch öffentlich-rechtliche Vorschriften verlängert wird[222].

218 Der gesamte interne Bereich wird nicht tangiert. Für die dort beschäftigten Angestellten gelten die Vorschriften des ArG. Zudem können, nachdem die Schalter geschlossen sind, die am "Point of Sale" tätigen Personen (im Rahmen des ArG) im internen Bereich weiter beschäftigt werden.

219 Höchstarbeitszeit (Art. 9), Grenzen der Tagesarbeit (Art. 10), Nachtarbeit (Art. 16 und 17), wöchentlicher freier Halbtag (Art. 21), Verbot der Sonntagsarbeit (Art. 18).

220 BGE 101 I 486; 97 I 507; 98 Ia 401 E 3.

221 Art. 7 ArG V I.

222 Hug W., (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, S. 423.

4.4.8. Distribution

4.4.8.1. Aussendienst

Das ArG findet auf Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Funktion ausüben, und auf Handelsreisende keine Anwendung (Art. 3 lit. d, g ArG)[223]. Die im Bankengewerbe allgemein übliche *Aussendiensttätigkeit der leitenden Angestellten* im kommerziellen Geschäft und mit den vermögenden Privatkunden wird also durch das ArG keinen zeitlichen Beschränkungen unterworfen. Die betreffenden Mitarbeiter müssen allerdings eine höhere leitende Tätigkeit ausüben, d.h. in einem Betrieb oder Betriebsteil (z.B. Abteilung) über Entscheidungsbefugnisse in wesentlichen Angelegenheiten verfügen und eine entsprechende Verantwortung tragen (ArG V I Art. 7)[224]. Verfügt die Bank zudem über einen eigenen Aussendienst, dessen Mitglieder ausserhalb der Geschäftsräume der Bank Geschäfte abschliessen oder vermitteln, so unterstehen diese Tätigkeiten ebenfalls keinen zeitlichen Beschränkungen. Denn die *ständigen Aussendienstmitarbeiter* der Bank sind als Handelsreisende im Sinne des OR zu betrachten[225]. Werden Mitarbeiter im Aussendienst eingesetzt, die diese Funktion nur gelegentlich oder vorübergehend ausüben, so gelten diese Personen nicht als Handelsreisende im Sinne des OR und unterstehen damit den Bestimmungen des ArG (Art. 347 Abs. 2 OR). Fraglich ist, ob die Mitarbeiter des Bankaussendienstes auch dem Handelsreisendengesetz unterstehen, da die Begriffsumschreibung dieses Gesetzes enger ist als diejenige des OR. So fallen unter das HRG nur Inhaber, Angestellte und Vertreter eines Fabrikations- oder Handelsgeschäfts, während das OR auch Aussendienstmitarbeiter anderer nach kaufmännischer Art geführter Geschäfte als Handelsreisende bezeichnet. Auch in sachlicher Hinsicht ist der Begriff des HRG wesentlich enger: er bezieht sich nur auf die Entgegennahme von Bestellungen für Waren. Der Begriff des OR hingegen umfasst die Vermittlung und den Abschluss von Geschäften jeder Art. Die im Aussendienst einer Bank beschäftigten Personen unterstehen immerhin insoweit dem HRG, als sie nicht nur reine Dienstleistungen anbieten, sondern Waren verkaufen[226].

Die Tätigkeit der Handelsreisenden zielt darauf ab, ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers Geschäfte zu vermitteln oder abzuschliessen (Art. 347 OR; Art. 1 HRG). Handelsreisende dürfen (ausser Mustern) keine Waren mit sich führen.

223 Diese Bestimmung bezieht sich auf Handelsreisende im Sinne des OR (bzw. des vorher geltenden BG über das Angestelltenverhältnis der Handelsreisenden); vgl. Schweingruber E., Kommentar zum Arbeitsvertrag des schweizerischen Obligationenrechts, Bern 1974, S. 350; Bigler W., Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1966, S. 37; Hug W., Kommentar, S. 65; Sten.Bull. NR 1963, S. 332.

224 Vgl. Hug W., Kommentar zum Arbeitsgesetz, S. 62 f.

225 Die Begriffsumschreibung des OR entspricht dem Begriff des Handelsreisenden wie er im BG über das Angestelltenverhältnis der Handelsreisenden vom 13. Juni 1941 enthalten war.

226 Die dem HRG unterstehenden Personen benötigen zur Ausübung ihrer Tätigkeit eine Ausweiskarte.

Wer Waren mit sich führt, die nach Vertragsabschluss sofort übergeben werden, untersteht nicht dem Handelsreisendengesetz, sondern den Bestimmungen der kantonalen Hausiergesetze (Art. 16 VO zum HRG)[227]. Der Aussendienstmitarbeiter der Bank benötigt also, soweit er Waren mit sich führt, die den Kunden verkauft werden sollen, ein kantonales Hausierpatent. Allerdings untersagen die kantonalen Hausiergesetze den Hausierverkehr mit Leistungen, die der Bankmitarbeiter direkt verkaufen könnte (Wertpapiere aus eigenen Beständen, Edelmetalle)[228]. Die Bestimmungen der Hausiergesetze dienen dem Schutz der Kunden. Die persönliche Beeinflussung in der eigenen Wohnung soll nicht zu einer Übervorteilung und zu unüberlegten Käufen führen. Der Kunde soll davor bewahrt werden, Geschäfte zu tätigen, über die er nur in ungenügendem Masse Bescheid weiss, und deren Risiko er nicht überblicken kann. Dass diese Beschränkung des Verkaufs gerechtfertigt ist, zeigt der Fall des IOS. Der Bankaussendienst kann also nicht alle Leistungen erbringen, die in der Bank selbst erhältlich sind. Er kann lediglich Geschäfte abschliessen oder vermitteln. Die Erfüllung des Vertrags hingegen muss in jedem Fall von andern Bankstellen aus erfolgen.

Das Zinskonkordat verbietet den Banken, Kleinkreditkunden in Gastwirtschaftsbetrieben, an ihren Arbeitsstätten oder in den dazu gehörenden Räumen oder Höfen anzuwerben (Art. 10 in Verbindung mit Art. 17 Abs. 1 lit. a des Konkordats). Solche polizeiliche Vorschriften bleiben den Kantonen auch nach dem Inkrafttreten der neuen Konsumkreditgesetzgebung ausdrücklich vorbehalten. Die Bestimmung des Zinskonkordats soll den Kunden davor schützen, unüberlegt Darlehen aufzunehmen. Sie findet auch auf den Vertrieb von Bankleistungen durch betriebsfremde Organe (Mäkler, Agent, Kommissionär) Anwendung, da von diesen grundsätzlich die gleiche Gefahr ausgeht. Dem entspricht sowohl der Sinn, als auch der Wortlaut des Konkordats. Die Vertriebsorgane dürfen an den genannten Orten Kleinkredite weder anbieten noch empfehlen. Und zwar meines Erachtens auch dann nicht, wenn die angebotene Bankleistung lediglich zur Finanzierung eines ebenfalls angebotenen Gutes dient (z.B. Autoverkauf und damit verbundene Finanzierung). In einem solchen Fall ist die Wahrscheinlichkeit, dass unüberlegte Verpflichtungen eingegangen werden, noch grösser, da die Kredithingabe das kaufhemmende Hindernis der Finanzierung beseitigt. Fraglich ist, ob die Bestimmung auch dann Anwendung findet, wenn sich die zwei Vertragspartner in eine Gastwirtschaft begeben, um über den Vertragsabschluss zu verhandeln. Das Schutzbedürfnis des Kunden ist in einem solchen Fall sicher geringer. Trotzdem sollte meines Erachtens die Beschränkung auch in diesem Fall eingreifen, da besonders ein unerfahrener Kunde sich als Gast des Bankvertreters verpflichtet fühlen und nicht mehr zurückziehen kann. Hingegen entfällt dieses Schutzbedürfnis völlig, wenn ein potentieller Kunde (vor allem ein Selbständigerwerbender) bereit ist, ein Angebot entgegenzunehmen, um es anschliessend zu Hause oder an seinem Arbeitsplatz zu prüfen.

227 BGE 86 IV 191; 74 IV 142; 64 I 364.

228 Art. 40 Abs. 1 BE G über Handel, Gewerbe und Industrie vom 4. Mai 1969; Art. 9 VV zum SG G über den Marktverkehr und das Hausieren vom 8. Mai 1942; § 1 BS VO zum G

4.4.8.2. Verkaufswagen

Der Absatz von Gütern und Dienstleistungen mittels *Verkaufswagen* untersteht, als Teil der freien Erwerbstätigkeit grundsätzlich der HGF. Der Einsatz von Verkaufswagen darf deshalb lediglich aus polizeilichen Gründen Beschränkungen unterworfen werden (BGE 57 I 110)[229]. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Kantone befugt, das Hausieren und ähnliche im Umherziehen ausgeübte Gewerbe (wie insbesondere die Veranstaltung von Wanderlagern) der Patentpflicht und einer mit der Bewilligung verbundenen Sondersteuer zu unterwerfen (BGE 84 I 72)[230]. Die Bewilligungspflicht dient dem Schutz der Kunden und damit Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Das Bundesgericht geht dabei von der Annahme aus, dass solche Wanderbetriebe, denen die Verkaufswagen im allgemeinen gleichgestellt werden, eine grössere Gefahr der Übervorteilung und Belästigung beinhalten als der stationäre Vertrieb (BGE 64 I 10).

Beim Einsatz von Verkaufswagen liegt in der Regel ein *gesteigerter Gemeingebrauch* vor, so dass sich aus diesem Grund eine Bewilligungspflicht (eventuell verbunden mit einer Gebühr) rechtfertigt[231] [232]. Soweit der Zweck des öffentlichen Grundes die Ausübung einer privaten Erwerbstätigkeit zulässt, steht auch der gesteigerte Gemeingebrauch unter dem Schutz der HGF. Das hat das Bundesgericht in seiner neusten Rechtsprechung festgehalten[233]. Deshalb kann die zuständige Behörde zwar den gesteigerten Gemeingebrauch im öffentlichen Interesse beschränken; sie darf sich dabei aber nicht von (rein) wirtschaftspolitischen Überlegungen leiten lassen[234]. Die kantonalen Vorschriften müssen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten. Dieses Prinzip wird verletzt, wenn die kantonalen Regelungen generell die vom Hausierhandel ausgeschlossenen Leistungen auch zum Verkauf über fahrbare Filialen nicht zulassen[235].

über das Hausierwesen, die Wanderlager, den zeitweiligen Gewerbebetrieb, die öffentliche Ausübung und Schaustellung sowie das Trödel- und Pfandleihgewerbe vom 16. Juni 1934.

229 Da die Verkaufswagen, wie die Hausierer, an ihrem Einsatzort keiner ordentlichen Steuerpflicht unterstehen, erscheint eine solche Sondersteuer durchaus gerechtfertigt (BGE 58 I 158). So auch Marti H., Wirtschaftsfreiheit, a.a.O., S. 118.

230 So beispielsweise: Art. 36 Abs. 1, Art. 45 Abs. 1 BE G über Handel, Gewerbe und Industrie vom 4. Mai 1969.

231 BGE 73 I 209; 77 I 289; 79 I 655; Imboden M., Bd. II, a.a.O., S. 530 f.; Schwarzenbach H.R., a.a.O., S. 175 f.

232 A.M.: Spahn, (Die kantonalen Regalrechte nach Art. 31 Abs. 2 der BV, Zürcher Diss., Winterthur 1956), der einen solchen Einsatz auch dann als Gemeingebrauch betrachtet, wenn zu Verkaufszwecken auf öffentlichem Boden parkiert wird (S. 65).

233 BGE 101 Ia 481.

234 Das Bundesgericht schliesst hier nur die reinen wirtschaftspolitischen Erwägungen (pures considérations de politique économique) aus. Richtigerweise sollten aber auch Eingriffe, die *überwiegend* wirtschaftspolitische Zwecke verfolgen, als unzulässig erklärt werden.

235 BGE 101 Ia 481; 99 Ia 399. In verschiedenen Kantonen werden die Verkaufswagen direkt den Hausiergesetzen und den Bestimmungen über die Wanderlager unterworfen. Andere Kantone kennen zwar spezielle Normen für die Verkaufswagen, verweisen aber beim zulässigen Sortiment ebenfalls auf die Hausiergesetze. Vgl. Art. 45 Abs. 2 BE Gewerbegesetz;

Eine solche Beschränkung kann nicht mit ausreichenden polizeilichen Gründen gerechtfertigt werden, denn die Gefahr einer Beeinflussung ist wesentlich geringer zu veranschlagen als beim persönlichen Verkauf, bei dem der Kunde in seiner Wohnung aufgesucht wird. Eine gewisse Beeinflussung kann zwar nicht völlig ausgeschlossen werden. Wenn ein Kunde eine Bankstelle aufsucht, ist es Aufgabe der Verkaufsmitarbeiter, diesem eine optimale Leistungskombination anzubieten. Dabei wird der Absatzpartner in der Regel auch auf andere Leistungen hingewiesen. Es kann natürlich nicht ausgeschlossen werden, dass bei einem solchen aktiven Verkaufen der Bankangestellte über das Ziel hinausschiesst und den Kunden zur Inanspruchnahme von Leistungen "überredet", die nicht unbedingt seinen Bedürfnissen entsprechen und die seine finanziellen Möglichkeiten übersteigen. Eine solche Praxis entspricht aber bestimmt nicht dem üblichen Geschäftsgebaren einer schweizerischen Geschäftsbank und dürfte nur ausnahmsweise vorkommen. Sie kann übrigens auch bei einer ortsfesten Bankstelle nicht gänzlich ausgeschlossen werden[236].

Sicher ist es richtig, dass die räumliche Nähe den Entscheid für eine Bank beeinflussen kann (Bequemlichkeit). Darin liegt aber keine Gefahr für eine Übervorteilung. Die Kundennähe allein rechtfertigt keinerlei Sortimentsbeschränkung. Grundsätzlich sollte deshalb eine fahrbare Bankfiliale die gleichen Leistungen erbringen können wie eine stationäre Niederlassung, gegen die, am gleichen Ort errichtet, auch nichts eingewendet werden könnte. Ein völliger Ausschluss bestimmter Leistungen des Banksortiments von dieser Vertriebsart ist (als ein zu weit gehender polizeilicher Eingriff) abzulehnen.

Natürlich ist zu beachten, dass die geltenden Erlasse nicht auf fahrbare Bankfilialen ausgerichtet sind. Vielmehr mussten diese Normen erlassen werden, als die Migros erstmals mit Verkaufswagen auf dem Markt erschien. An die Möglichkeit, dass auch Banken mit solchen Fahrzeugen operieren könnten, hat wohl kein kantonaler Gesetzgeber gedacht.

4.4.8.3. Automaten

Der *Betrieb eines Automaten* darf nicht den Bestimmungen der Ladenschlussgesetze unterstellt werden. Auch nach Ladenschluss darf ein Automat in Funktion bleiben. Das Bundesgericht hat ausdrücklich erklärt, dass der Betrieb von Automaten keine unzulässige Konkurrenzierung der den Ladenschlussgesetzen unterstellten Personen darstelle, weshalb sich eine Beschränkung aus Gründen der Gleichbehandlung der

SO RRB vom 9. März 1931 über die Unterstellung der sog. Migros-Verkaufsautomobile unter die Bestimmungen betreffend Wanderlager des Gesetzes über das Hausier- und Marktwesen vom 16. Juli 1899.

236 Im übrigen bietet Art. 158 StGB (Verleitung zur Spekulation) einen gewissen Schutz gegen ein solches Geschäftsgebaren.

Gewerbegenossen nicht aufdränge (BGE 84 I 112)[237]. Hingegen kann der Betrieb von Automaten (auch wenn diese sich auf einem privaten Grundstück befinden) aus polizeilichen Gründen beschränkt, also beispielsweise von einer Bewilligung abhängig gemacht werden[238]. Der Erwerbstätige hat allerdings ein Recht auf Erteilung dieser Bewilligung, wenn der Tätigkeit keine polizeilichen Hindernisse im Wege stehen. Als polizeiliche Hinderungsgründe können die Sicherheit des öffentlichen Verkehrs, aber auch baupolizeiliche Gründe und der Schutz des Ortsbildes in Frage kommen[239].

Will eine Bank einen Automaten auf öffentlichem Grund und Boden (z.B. Trottoir) aufstellen, so benötigt sie eine *Sondernutzungskonzession,* auf deren Erteilung sie keinen Anspruch hat[240]. Fraglich ist, ob Waren, die vom Hausierverkehr ausgeschlossen sind, auch generell vom Verkauf durch Warenautomaten ausgenommen werden dürfen (Gold, Wertpapiere)[241]. Durch die Vorschriften des Hausiergesetzes soll das Publikum vor unüberlegten Käufen geschützt werden. Die Gefahr einer Beeinflussung ist sicherlich in der eigenen Wohnung und durch die persönliche Umwerbung grösser als bei unpersönlichen Automaten. Sie kann aber auch bei Automaten gegeben sein, wenn die Ware in auffälliger Art und Weise präsentiert wird. Ein allgemeines Verbot des Vertriebs solcher Leistungen wäre aber nicht gerechtfertigt. Es gibt durchaus Möglichkeiten Leistungen so über Automaten anzubieten, dass keine unerwünschte Beeinflussung entsteht. Zudem kann der Automat selber unaufdringlich und neutral gestaltet werden.

237 Das Bundesgericht geht bei seiner Rechtsprechung davon aus, dass der Zugang zu Automaten allen Konkurrenten offensteht, so dass keine Benachteiligung der kleinen Betriebe zu befürchten ist. Das trifft sicher auf die heute im Bankwesen (wenigstens in unserem Land) gebräuchlichen Automaten zu. Eine Änderung dieser Rechtsprechung könnte sich jedoch aufdrängen, wenn Automaten zum Einsatz gelangten (sog. unbemannte Bankfilialen), die hohe Investitionen erforderten und kleineren Instituten nicht mehr zugänglich wären. Interessanterweise sind die ersten (praktisch) vollautomatischen Filialen in der Schweiz aber von relativ kleinen Banken eingeführt worden.

238 Art. 22 Abs. 1 BE Gesetz über Handel, Gewerbe und Industrie vom 4. Mai 1969; Art. 1 SG G über Patentpflicht für Warenautomaten vom 15. Juni 1954.

239 Art. 23 BE Gewerbegesetz; Art. 3 Abs. 2 SG G über die Patentpflicht für Warenautomaten; SO Richtlinien zur Reklameverordnung (Abschnitt Aufstellen von Automaten) vom 14. Oktober 1954.

240 Imboden M., Bd. II, S. 533.

241 So zum Beispiel: Art. 2 SG G über Patentpflicht für Warenautomaten.

5. Nichtpolizeiliche Schranken des Bankmarketings

5.1. Geld- und kreditpolitische Schranken

5.1.1. Allgemeines

Das Marketing der Banken hat sich (neben den polizeilichen Eingriffen) mit einer Vielzahl von wirtschaftspolitischen Normen auseinanderzusetzen. Ein Grossteil dieser Vorschriften ist der monetären Wirtschaftspolitik, also der Geld- und Kreditpolitik zuzuordnen. Diese ist nicht auf eine Korrektur des Koordinationstypus ausgerichtet. Vielmehr soll im Interesse gesamtwirtschaftlicher Ziele (Geldwertstabilität, Zahlungsbilanzausgleich, Wachstum, Vollbeschäftigung) durch Globalsteuerung auf den Ablauf der Wirtschaft Einfluss genommen werden. Der Geld- und Währungspolitik kommt primär die Aufgabe zu, durch die Steuerung der Geldmenge und die Beeinflussung der Entscheide der Wirtschaftssubjekte (z.B. Investitionen) Preissteigerungen aufzufangen, Beschäftigungsschwankungen zu glätten und die Voraussetzungen für ein stetiges Wachstum zu schaffen. Besonders durch die Sicherung der Neutralität des Geldes sollen Rahmenbedingungen geschaffen werden welche erst die Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit der Marktwirtschaft sicherstellen; denn nur neutrales Geld kann seine Funktion als Tauschmittel, Recheneinheit, Berechnungsmassstab und Wertaufbewahrungsmittel erfüllen. Kann das Preisniveau nicht stabil gehalten werden, sind soziale Ungerechtigkeit (Benachteiligung der Sparer und Bezüger nicht indexierter Renten), betriebliche Fehldispositionen und Strukturverzerrungen die Folge. Um das Ziel der Geldwerterhaltung zu erreichen, muss verhindert werden, dass sich die Geldmenge übermässig aufbläht. Die Kontrolle der Geldmenge erschöpft sich dabei nicht in der Einflussnahme auf den Bargeldumlauf (wozu die Notenbank autonom in der Lage ist), denn das Bankensystem kann über die Kredittätigkeit Buch- oder Giralgeld schaffen bzw. zerstören und so das Geldvolumen unabhängig von der Notenbank beeinflussen[242]. Da die Marktwirtschaft über keinen Mechanismus verfügt, der die Buchgeldschöpfung der Banken in einem angemessenen Verhältnis zur realen Wirtschaftsentwicklung halten könnte, muss der Zentralbank die Möglichkeit gegeben werden, Einfluss auf das Kreditgeschäft der Banken zu nehmen[243] [244]. Als Ansatzpunkte für eine Kontrolle des Kreditvolumens (und damit der Geldmenge) kommen grund-

242 Vgl. dazu: Lipfert H., Einführung in die Währungspolitik, 4. Auflage, München 1969, S. 68 ff.; Merk G., Einführung in die Geldlehre, Frankfurt a.M. 1974, S. 23 ff.

243 Vgl. Stopper E., a.a.O., S. 34.

244 Zur Beeinflussung des Geld- und Kreditvolumens steht der Notenbank ein Instrumentarium zur Verfügung, das im wesentlichen die Diskont- und Lombardpolitik, die Offenmarktpolitik sowie die Mindestreservepolitik umfasst. Zur Ergänzung dienen qualitative und quantitative Kreditbegrenzungen, Emissionskontrollen und Mittel, die geeignet sind, auf die internationalen Geldströme Einfluss zu nehmen (z.B. Swapsatzpolitik, Interventionen am Devisenmarkt).

sätzlich die Zinse (Kreditnachfrage) und die Liquidität der Banken (Kreditangebot) in Betracht[245]. Die zentrale Stellung der Banken als Kreditvermittler führt dazu, dass das Bankensystem zum strategisch wichtigen Gebiet für Massnahmen der Geld- und Kreditpolitik wird, können doch über diesen Wirtschaftsbereich wichtige volkswirtschaftliche Grössen beeinflusst werden. Das Bankengewerbe muss deshalb mit Eingriffen und Beschränkungen rechnen, die darauf abzielen, die für die Entscheide der Wirtschaftssubjekte relevanten Daten zu verändern.

Soll durch hoheitliche Lenkung auf das Gebaren der Geschäftsbanken Einfluss genommen werden, so stehen dem Staat grundsätzlich zwei Lenkungsmöglichkeiten zur Wahl: unmittelbare Lenkung des Verhaltens der Banken durch Gebote, Verbote oder Rechtseingriffe (z.B. Kreditbegrenzung); mittelbare Lenkung durch Berücksichtigung der Motive und Beeinflussung der Entscheidungsdaten (z.B. Diskont- und Lombardpolitik, Offenmarktpolitik). Die zwei Lenkungsarten (die letztlich beide auf eine Beeinflussung des Kreditvolumens oder auf eine Umleitung der Geldströme zwischen In- und Ausland) abzielen, beeinträchtigen die freie Ausübung des Bankengewerbes in unterschiedlichem Masse. Die Massnahmen der unmittelbaren Lenkung müssen als nicht-marktkonforme Eingriffe charakterisiert werden, da Preise und abgesetzte Mengen nicht mehr das Resultat des Marktgeschehens, sondern die Folge behördlicher Eingriffe sind. Die mittelbare Lenkung hingegen kann als marktkonform bezeichnet werden, wird doch der Marktmechanismus nicht ausgeschaltet.

Die klassischen Mittel der Notenbankpolitik wollen als Globalsteuerungsmassnahmen auf den Entscheidungsprozess einwirken und mittelbar den Entscheid über den Umfang der anzubietenden Kredite beeinflussen. Damit wirken diese Massnahmen direkt auf die Bestimmung der Marketingziele sowie die Auswahl und Gewichtung der einzelnen Marketinginstrumente ein, während die eigentliche Absatzdurchführung nur indirekt (über die Zielsetzung) betroffen wird. Neben den klassischen Instrumenten gibt es aber auch Bestimmungen, die währungspolitische Ziele verfolgen und die sich direkt auf den Einsatz des absatzpolitischen Instrumentariums auswirken. So etwa: die Einflussnahme der Notenbank auf die Zinssätze bei Kassaobligationen (Preisgestaltung), das Anlageverbot und das Verzinsungsverbot von ausländischen Geldern (Marktleistungsgestaltung), die Beschränkung der Werbung für Kleinkredite (Marktbearbeitung).

Mehrere der in diesem Kapitel zu behandelnden wirtschaftspolitischen Eingriffe beeinträchtigen die Gewerbefreiheit der Banken und tangieren deren freie Wettbewerbstätigkeit[246]. Als währungspolitische Eingriffe zielen sie aber nicht auf eine Systemkorrektur ab; durch Interventionen sollen vielmehr die Rahmenbedingungen

245 Lipfert H., a.a.O., S. 75 f.; Woll A./Vogel G., Geldpolitik, Stuttgart 1976, S. 52 ff.

246 Dass die Massnahmen der Notenbank, die vom Prinzip der HGF abweichen, ihre verfassungsmässige Grundlage in der Kompetenz finden, eine dem Gesamtinteresse des Landes dienende Kredit- und Währungspolitik zu führen (Art. 39 BV), wurde bereits dargelegt. Vgl. dazu: Gygi F., Wirtschaftsverfassung, S. 325 ff.; Erläuterungen zum Entwurf einer Revision des Nationalbankgesetzes, S. 12 f.

für ein funktionstüchtiges Wirtschaftssystem (Geldwertstabilität) geschaffen und konjunkturelle Beschäftigungsschwankungen ausgeglichen werden. Die Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit (Ausübungsfreiheit) ist eine unbeabsichtigte Folge, eine blosse Reflexwirkung der währungspolitischen Massnahmen[247].

5.1.2. Diskont- und Lombardpolitik

Die Nationalbank hat aufgrund von Art. 16 und Art. 52 NbkG die Möglichkeit, die Diskont- und Lombardsätze zu variieren und damit eine aktive Diskont- und Lombardpolitik zu betreiben[248]. Durch Änderung der Sätze kann die Notenbank auf die Kreditkosten einwirken und so das Kreditvolumen beeinflussen. Eine Erhöhung des Diskont- bzw. des Lombardsatzes bewirkt in der Regel eine Drosselung des Refinanzierungsvolumens der Kreditinstitute, was eine Verringerung des Kreditangebots dieser Institute zur Folge hat. Allerdings ist zu beachten, dass die Satzanpassungen in erster Linie diejenigen Banken treffen, die sich bei der Zentralbank refinanzieren[249]. Bestehen ausreichende Überschussreserven oder andere Finanzierungsmöglichkeiten, so kann die Diskont- oder Lombardpolitik nur sehr beschränkte Auswirkungen zeitigen. Zudem hängt die Wirksamkeit dieser Instrumente weitgehend von der Zinsempfindlichkeit der Wirtschaft ab. Reagiert die Kreditnachfrage unelastisch auf Zinsänderungen, wird der Diskontpolitik von vornherein der Wind aus den Segeln genommen[250].

Die Diskontpolitik behindert die Wettbewerbstätigkeit der Banken nicht. Diese können, solange die Diskontpolitik nicht mit einer *Rediskontkontingentierung* (quantitative Diskontpolitik) gekoppelt ist, frei entscheiden, ob sie sich weiterhin bei der Notenbank refinanzieren oder auf andere Finanzierungsmittel zurückgreifen wollen[251]. Durch eine Festlegung von Rediskontplafonds würde den einzelnen Banken zwar, nach Erreichen der Limite, die Möglichkeit genommen, sich bei der Notenbank zu refinanzieren; andere Finanzierungsmöglichkeiten bleiben aber nach wie vor unberührt. Durch eine *qualitative Diskontpolitik* (Spaltung des Diskontsatzes; Veränderung der Anforderungen an die Qualität des zum Rediskont eingereichten

247 Vgl. Schürmann L., Bankenartikel, S. 72.

248 Diskont- und Lombardsatzänderungen müssen stets miteinander vorgenommen werden, da sich sonst Ausweichmöglichkeiten ergeben.

249 Vgl. Lipfert H., a.a.O., S. 149.

250 Der Zinseffekt der Diskontpolitik (der vom Geldmarkt auch auf den Kapitalmarkt übergreift) kann zu einem Anreiz für Geldtransfers werden, die den geldmengenvermindernden Effekt der Diskontpolitik aufheben bzw. überkompensieren.

251 In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Banken keinen Anspruch auf eine Leistung der Notenbank haben. Diese hat vielmehr das Recht, nicht aber die Pflicht, Wechsel zu diskontieren. Der fehlende Kontrahierungszwang kann dazu führen, dass die Zentralbank eine sektorale Wirtschaftspolitik betreibt, was grundsätzlich nicht ihre Aufgabe ist. (Vgl. Merk G., a.a.O., S. 57; Albisetti E./Bodmer D./Rutschi E., a.a.O., S. 209.)

Materials) kann die Zentralbank zudem eine selektive Kreditpolitik betreiben, also direkt auf die Krediterteilung an die einzelnen Kundengruppen einwirken[252]. Eine solche selektive Kreditpolitik beschränkt sich in der Schweiz jedoch auf die Gewährung eines Vorzugssatzes für die Diskontierung von Pflichtlagerwechseln[253].

Der Lombardkredit dient im Gegensatz zum Diskontkredit lediglich der Überbrückung von Liquiditätsengpässen; er kann wegen seiner Kurzfristigkeit nicht zur Beschaffung von Betriebsmitteln in Anspruch genommen werden. Da nur Titel, die von der Nationalbank zur Belehnung zugelassen werden, eine Liquiditätsreserve darstellen, müssen die Geschäftsbanken einen gewissen Bestand an solchen Titeln in ihren Wertschriftenportefeuilles halten. Durch diese Regelung und durch die Festsetzung von Belehnungsmargen wird zwar die Zusammensetzung der Wertschriftenportefeuilles beeinflusst; die Wettbewerbsfähigkeit und die Marketingaktivitäten der Banken werden aber nicht weiter tangiert.

5.1.3. Offenmarktpolitik

Durch An- und Verkauf von Wertpapieren, insbesondere Geldmarktpapieren kann die Zentralbank direkt auf die Kassaliquidität der Banken und die Geldmenge Einfluss nehmen. Mit solchen Offenmarktoperationen lässt sich die Geldmenge beeinflussen, ohne dass Wettbewerbsverzerrungen hervorgerufen oder die Handlungsfähigkeit der Geschäftsbanken eingeschränkt werden. Während bei der Diskont- und Lombardpolitik meist in der Form einer bestätigenden Anpassung auf bestimmte Marktverhältnisse reagiert wird, greift die Nationalbank bei Offenmarktoperationen aktiv in das Marktgeschehen ein. Operationen am "offenen Markt" werden in der Regel zur Ergänzung und Unterstützung der übrigen Notenbankinstrumente eingesetzt. Sie zeitigen einen Geldmengen- und einen Zinseffekt[254]. Die Offenmarktoperationen der Schweizerischen Nationalbank beschränkten sich bisher im wesentlichen auf die Plazierung von Schatzanweisungen des Bundes und kursgesicherter Devisen bei den Banken. Gelegentlich wurden durch Abtretung von Gold weitere Mittel abgeschöpft (Art. 14 Ziff. 9 NbkG). Die Nationalbank ist zwar befugt, Schatzanweisungen und Schuldverschreibungen des Bundes und der Bundesbahnen, eidgenössische Schuldbuchforderungen, Schuldverschreibungen der Kantone und Kantonalbanken sowie Pfandbriefe der Pfandbriefzentralen zu kaufen und zu verkaufen. Diese Befugnis findet jedoch in den Deckungsvorschriften des Art. 19 NbkG eine Grenze, da die erwähnten Papiere nur in die Notendeckung einbezogen werden können, wenn ihre Verfallzeit weniger als zwei Jahre beträgt. Im heutigen Zeitpunkt ist die Nationalbank nicht zur Ausgabe eigener Schuldverschreibungen

252 Vgl. Lipfert H., a.a.O., S. 166; Merk G., a.a.O., S. 55 f.
253 Neuerdings werden auch Exportwechsel zu Vorzugssätzen diskontiert.
254 Vgl. Lipfert H., a.a.O., S. 175 ff.; Jenny K., Der schweizerische Geldmarkt, St. Galler Diss., Herisau 1973, S. 225.

befugt; sie ist vielmehr auf die Bereitschaft des Bundes angewiesen, ihr Schatzanweisungen zur Verfügung zu stellen. Der Nationalbank fehlen deshalb heute noch die Möglichkeiten, eine wirksame Offenmarktpolitik zu betreiben. Diese Lücke soll mit der Revision des Nationalbankgesetzes geschlossen werden. Denn mit Art. 14 Ziff. 2bis NbkG will man der Nationalbank die Möglichkeit geben, eigene verzinsliche Schuldverschreibungen (mit einer Laufzeit von nicht mehr als zwei Jahren) auszugeben und am Markt zurückzukaufen.

5.1.4. Mindestreservepolitik

Mindestreserven sind Pflichtguthaben, die die Banken zinslos bei der Notenbank unterhalten müssen und über die sie nicht frei verfügen können. Im Gegensatz zu den Liquiditätsreserven des BaG dienen diese Mindestreserven nicht dem Gläubigerschutz. Vielmehr soll durch sie in den Wirtschaftsablauf eingegriffen werden: durch die Einführung der Mindestguthabenpflicht und die Variierung der Sätze kann der Bestand an frei verfügbarem Zentralbankgeld und damit die Giralgeldschöpfungsmacht der Banken eingeengt oder erweitert werden[255]. Werden die Mindestreserven auf den Passiven erhoben, so wird der Wettbewerb nicht durch die Schaffung anderer Wettbewerbsbedingungen korrigiert; der Preiswettbewerb, bzw. das Spiel von Angebot und Nachfrage wird nicht ausser Kraft gesetzt. Das Angebot wird zwar verändert, doch bildet sich dennoch ein Gleichgewicht heraus, indem das verbleibende Kreditangebot durch den Markt verteilt wird. Die Vertragsfreiheit der Banken (Abschlussfreiheit, Gestaltungsfreiheit, Aufhebungsfreiheit, Freiheit der Partnerwahl) wird durch die Pflichtreserven in keiner Art und Weise tangiert. Das Instrument ist marktkonform. Dennoch wird die Ausübung des Bankengewerbes in erheblichem Masse betroffen (Schmälerung der Ertragsgrundlage).

Die Mindestreservepolitik der Nationalbank basierte bis 1972 auf freiwilligen Vereinbarungen (sogenannten Gentlemen's Agreements) der Notenbank mit den Geschäftsbanken. Diese konnten jedoch bloss eine beschränkte Wirkung entfalten, da eine autonome Regulierung der Pflichtreservesätze durch die Nationalbank aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen nicht möglich war. Am 20.12.1972 erhielt der Bundesrat mit dem Kreditbeschluss die Befugnis, von den Banken Mindestguthaben einzufordern. Am 10.1.1973 machte er von dieser Kompetenz Gebrauch. In der Folge wurde der Kreditbeschluss durch den Bundesbeschluss über die Geld- und Kreditpolitik vom 19.12.1975 abgelöst[256]. Dieser extrakonstitutionelle Bundesbeschluss wird am 1.1.1979 durch den (befristeten) Bundesbeschluss über

255 Vgl. Merk G., a.a.O., S. 69 f.; Lipfert H., a.a.O., S. 1168 ff.; Jenny K., a.a.O., S. 226. Allerdings wirkt nur die kontraktive Mindestreservepolitik (Erhöhung der Reservesätze) zwingend. Eine Senkung der Mindestreservesätze kann hingegen nur dann zu einer Vermehrung der Geldmenge führen, wenn eine ausreichende Kreditnachfrage besteht.

256 Art. 2 Kreditbeschluss vom 19. Dezember 1975; Art. 1 VO zum Kreditbeschluss.

Geldpolitik ersetzt. Dadurch wird die Geldpolitik (gestützt auf Art. 31quinquies BV) ins ordentliche Recht übergeführt. Es ist vorgesehen, die in diesem Beschluss geregelten Instrumente (Mindestreserven, Emissionskontrolle) in das neue Nationalbankgesetz zu übernehmen.

Das schweizerische System der Pflichtreserven sieht ausschliesslich *Bestandesreserven und Zuwachsreserven auf den Verbindlichkeiten* vor, wobei die Möglichkeit besteht, nur die eine oder die andere Art der Reservesätze zur Anwendung zu bringen[257] [258]. Dadurch kann der Einsatz der Mindestreserven möglichst flexibel und wirksam gestaltet werden. Daneben können einzelne Bilanzpositionen von der Belastung ausgenommen werden, was die Möglichkeit eines gezielten Einsatzes zusätzlich erhöht[259]. Die zulässigen Höchstsätze sind je nach Art der Bilanzposten unterschiedlich; sie werden *nach der Fristigkeit der Bankeinlagen abgestuft.* Am stärksten belastet werden die Sichteinlagen, da sie den Prozess der Giralgeldschöpfung am nachhaltigsten beeinflussen[260]. Die Differenzierung der Sätze führt zu einer unterschiedlichen Behandlung der verschiedenen Bankengruppen. So wird eine Handelsbank wegen des grossen Anteils an Sichtgeldern (Kontokorrent) wesentlich stärker betroffen, als eine Hypothekenbank. Eine solche Behandlung hält jedoch vor dem Gleichheitssatz (Art. 4 BV) stand, da in Tat und Wahrheit Ungleiches ungleich behandelt wird. Die Handelsbanken müssen schon aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit (vor allem kurzfristige Fremdgelder) freiwillig mehr liquide Mittel halten als die Hypothekenbanken. Mit andern Worten: da Banken mit einem hohen Anteil an Sichtdepositen ohnehin über mehr liquide Mittel verfügen müssen, würde ein Mindestreservesatz, der auf strukturell bedingte Liquiditätsdispositionen keine Rücksicht nähme, diejenigen Banken härter treffen, die einen relativ hohen Anteil an Zeitdepositen aufweisen (Sparkassen, Hypothekenbanken). Die Reservesätze sind deshalb aus Gerechtigkeitsgründen und aus Gründen der Marktneutralität auf die nach Fristigkeit aufgeteilten Verbindlichkeiten auszurichten. Daraus ergibt sich aber fast logischerweise die gleiche Abstufung wie sie allgemein aus der kreditpolitischen Zielsetzung abgeleitet wird[261].

257 Art. 2 Abs. 2 und 5 Kreditbeschluss (1975); Art. 2 Abs. 2 und BB über Geldpolitik; Art. 16c Abs. 5 RE NbkG.

258 Die Zuwachsreserven sollten zurückhaltend angewendet werden, da sie zu einer Diskriminierung jener Banken führen, die am Stichtag zufällig eine abnormal niedrige Depositensumme aufweisen oder die an einer dem Stichtag vorausgegangenen Depositen- und Kreditexpansion nicht teilgenommen haben. Sie bewirkt tendenziell eine Erstarrung der bestehenden Strukturen (Tobler E., Entwurf eines schweizerischen Mindestreservesystems auf der Grundlage ausländischer Methoden und Erfahrungen, Zürcher Diss. 1967, S. 92).

259 Art. 2 Abs. 5 Kreditbeschluss (1975); Art. 2 Abs. 5 BB über Geldpolitik; Art. 16c Abs. 3 RE NbkG.

260 Der Revisionsentwurf zum Nationalbankgesetz sieht vor, dass treuhänderische Verpflichtungen der Banken in die Berechnung der Mindestreserven einzubeziehen sind (Art. 16c Abs. 4), während der Kreditbeschluss und der BB über Geldpolitik dies dem Ermessen der Nationalbank anheim stellen. (Art. 2 Abs. 5.)

261 Tobler E., a.a.O., S. 88.

Eine weitere, qualitative Differenzierung liegt in der Möglichkeit, *unterschiedliche Pflichtreserven* auf den *Einlagen der Gebietsansässigen* und *Gebietsfremden* zu erheben. So können die Pflichtreserven auf den Verbindlichkeiten gegenüber Gläubigern mit Wohnsitz bzw. Sitz im Ausland bis auf das Doppelte der normalerweise geltenden Ansätze erhöht werden. Diese Bestimmung bezweckt, den Zufluss von Geldern aus dem Ausland (Kapitalimport) in den Griff zu bekommen. Sie führt dazu, dass bestimmte Geschäfte (vor allem Sichteinlagen) mit gewissen Kundengruppen als unrentabel erscheinen und demzufolge eingeschränkt werden. Immerhin kann die Nationalbank bestimmen, dass Forderungen gegenüber dem Ausland in fremder Währung und deren Zuwachs bei der Berechnung der Mindestreserven mit den Auslandanlagen in fremder Währung und deren Zuwachs verrechnet werden dürfen[262].

Schliesslich können Banken, die eine bestimmte Bilanzsumme nicht erreichen, von der Pflicht, Mindestreserven zu unterhalten, befreit werden[263]. Dadurch wird eine gewisse *Differenzierung nach der Grösse* der Kreditinstitute vorgenommen. Eine solche Abstufung der Mindestreservesätze rechtfertigt sich durch die viel stärker ins Gewicht fallende Geldschöpfungskapazität der grossen Institute[264]. Kleinere Institute können aus guten Gründen von der Pflicht, Mindestreserven zu unterhalten, ausgenommen werden: Einmal ist ihr Einfluss auf das gesamte Geld- und Kreditvolumen praktisch bedeutungslos; ferner stünde der Aufwand zur Ermittlung und Kontrolle der Pflichtreserven in keinem vernünftigen Verhältnis zum möglichen Erfolg. Zudem würde die Unterhaltung zinsloser Guthaben die Rentabilität bei kleinen Banken (vor allem Sparkassen, Darlehenskassen, Bodenkreditanstalten) viel stärker beeinträchtigen als bei mittleren und grossen, sind doch letztere viel eher in der Lage, die Rentabilitätseinbusse durch Ausweitung der Geschäftstätigkeit und Rationalisierungsmassnahmen auszugleichen[265].

Bis jetzt war ausschliesslich von Pflichtreserven auf den Passiven die Rede. Nun sah aber der Revisionsentwurf zum Nationalbankgesetz ursprünglich auch solche *auf den Aktiven*, d.h. auf den Ausleihungen vor. Diese Ergänzung der traditionellen Mindestreservepolitik sollte das bisherige Regime der Kreditbegrenzung ersetzen. Dieser Vorschlag ist in der Vernehmlassung auf eine dermassen massive Kritik gestossen, dass er fallengelassen wurde[266]. Die Mindestreserven auf Aktiven sind wirkungsvoller aber auch einschneidender als die Passivreserven, da sie die Kredittätigkeit der Banken unmittelbar beeinflussen und nicht nur über eine Veränderung

262 Art. 16d RE NbkG; Art. 2 Abs. 5 Kreditbeschluss/BB über Geldpolitk; Der ursprüngliche Entwurf sah diese Verrechnungsmöglichkeit generell vor, wenn höhere Mindestreserven auf Bankeinlagen ausländischer Gläubiger eingefordert werden. Vgl. auch Botschaft, BBl 1978 I, S. 820.

263 Art. 1 Abs. 2 VO zum Kreditbeschluss (1975); Art. 16a Abs. 3 RE NbkG.

264 Vgl. Tobler E., a.a.O., S. 75, 86.

265 Tobler E., a.a.O., S. 76.

266 Botschaft, BBl 1978 I, S. 809.

der Notenbankgeldmenge und des Zinsniveaus wirken[267]. Sie kann, im Gegensatz zu den Pflichtreserven auf den Passiven, auch nicht durch die Repatriierung von Auslandgeldern unterlaufen werden. Gegenüber der Kreditbegrenzung zeichnet sich das System der Mindestreserven auf den Aktiven durch eine Reihe von Vorteilen aus: es wird lediglich über die Änderung von Rahmenbedingungen und nicht durch hoheitliche Anforderungen auf die Krediterteilung eingewirkt; das System der Mindestreserven kann flexibler eingesetzt werden (keine Deponierung des vollen Betrages bei Plafondüberschreitungen wie bei der Kreditbegrenzung); das Problem der Kreditzusagen, die vor der Einführung der Kreditbegrenzung erteilt wurden, wird entschärft[268]. Das vorgesehene Mindestreservesystem stützte sich ausschliesslich auf den Zuwachs der inländischen Kredite[269]. Eine Belastung der Ausleihungen an ausländische Kreditnehmer drängte sich nicht auf, da diese die inländische Geldschöpfung nicht beeinflussen. Eine Beschränkung der Mindestreserven auf die inländischen Aktiven könnte im Gegenteil zu einer vermehrten Anlage im Ausland führen, so dass der Kreditschöpfungsmultiplikator im Inland eine zusätzliche Reduktion erfahren würde[270]. Durch eine solche Ausgestaltung der Mindestreserven würden zwar diejenigen Banken bevorzugt, die stark im Auslandgeschäft engagiert sind (Grossbanken, ausländische Banken); in dieser Differenzierung ist jedoch kein Verstoss gegen das Prinzip der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen zu sehen, da dieser Geschäftsbereich grundsätzlich allen Banken offensteht.

Die Pflicht, Mindestreserven auf den Ausleihungen zu unterhalten, hätte (da auf den Zuwachs und nicht auf den Bestand abgestellt wird) nur diejenigen Banken betroffen, die eine Kreditexpansion anstreben. Nicht jede Ausweitung des Kreditvolumens hätte indessen dazu geführt, bei der Notenbank zinslose Guthaben unterhalten zu müssen. Die Nationalbank hätte vielmehr eine von der Belastung freie Zuwachsrate festsetzen müssen (sog. belastungsfreier Wachstumssockel), die – nach dem ursprünglichen Revisionsentwurf – in der Regel nicht hätte niedriger sein dürfen als der prozentuale Anstieg des realen Sozialprodukts im Durchschnitt der letzten drei Jahre. Die Mindestreserven auf den Aktiven hätten also nur diejenigen Institute getroffen, deren Kreditvolumen sich über die freie Zuwachsrate hinaus erhöhte.

Die Mindestreserven auf den Aktiven sind grundsätzlich ein flexibles, rasch wirkendes und gezielt einsetzbares Mittel, das das Notenbankinstrumentarium wirkungsvoll hätte ergänzen können. Besonders dann, wenn die Pflichtreserven nicht nur zu einem festen Prozentsatz des Zuwachses, sondern zu einem mit der Zuwachsrate ansteigenden Satz hätten erhoben werden können (progressive Belastung). Die Aktivreserven sind aber wettbewerbspolitisch nur problemlos, wenn sie (wie die klassischen Instrumente) der Globalsteuerung dienen; d.h. wenn bei der Berechnung

267 Dazu: Gehrig B., Geldmenge und Mindestreserven, Aktiven oder Passiven als Bemessungsgrundlage?, Berner Diss. 1976, S. 34 ff., 90 ff.

268 Vgl. Erläuterungen zum Entwurf einer Revision des Nationalbankgesetzes, S. 7.

269 Die Gesamtbelastung der Aktiven hätte 100% des belasteten Zuwachses nicht übersteigen dürfen (Art. 16f Abs. 5 RE NbkG).

270 Frank V.G., Mindestreserven auf Grund der Aktiven der Bankbilanzen, WuR 1966, S. 121.

der Mindestguthaben alle Kredite gleich behandelt werden[271]. Der Revisionsentwurf liess (und das war der Hauptansatzpunkt der Kritik) Ausnahmen vom Prinzip der Globalsteuerung zu. So hätte der Bundesrat in Verbindung mit der Nationalbank Ausleihungen in bestimmtem Umfang von der Belastung ausnehmen können, wenn dies zum Ausgleich einer durch die Kredit- und Währungspolitik verursachten Benachteiligung einzelner Regionen oder zur Sicherstellung besonders dringlicher Infrastrukturmassnahmen nötig gewesen wäre[272]. Die Ausnahmen waren zwar durch die einschränkende Umschreibung auf wenige Fälle beschränkt; trotzdem hätten sie aber die Möglichkeit geschaffen, ein Instrument der Notenbankpolitik in den Dienst der Wirtschaftslenkung (Strukturpolitik, Regionalpolitik) zu stellen. Eine solche Kreditlenkung ist aufs entschiedenste abzulehnen.

5.1.5. Kreditbeschränkung

Genügen andere Massnahmen nicht und kommt ein Abkommen mit den Banken nicht zustande, so kann der Bundesrat, gestützt auf Art. 3 des Bundesbeschlusses über die Geld- und Kreditpolitik vom 19.12.1975 anordnen, dass die Banken sowie die ihnen gleichgestellten Unternehmen, Kleinkreditinstitute und bankähnlichen Finanzgesellschaften (die sich nicht öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfehlen) den Stand ihrer inländischen Kredite nur im Rahmen der von der Nationalbank bestimmten Zuwachsrate erhöhen dürfen[273]. Die heute (noch) geltende Regelung ist bis Ende 1978 befristet. Sie wird nicht verlängert. Weder der BB über die Geldpolitik noch der Revisionsentwurf des Nationalbankgesetzes sehen eine vergleichbare Vorschrift vor.

Die Kreditbegrenzung hat in ihrer heutigen Ausgestaltung subsidiären Charakter: Eine Kreditplafonierung darf nur dann eingeführt werden, wenn die übrigen kreditpolitischen Instrumente (Mindestreserven, Offenmarktpolitik etc.) nicht ausreichen, um das Kreditvolumen in den Griff zu bekommen und wenn ein Gentlemen's Agreement zwischen der Nationalbank und den Geschäftsbanken nicht zustande kommt.

271 Die verschiedenen von den Banken angebotenen Kreditarten sind keineswegs derart ähnlich, dass sich eine Gleichbehandlung ohne weiteres aufdrängt. So setzen sich beispielsweise kurzfristige Kredite rascher um als langfristige, weshalb eine im erstgenannten Bereich tätige Bank schneller auf Satzänderungen und auf Veränderungen der belastungsfreien Zuwachsrate reagieren kann. Nach Kreditarten oder nach Banktypen abgestufte Sätze liessen sich demnach unter dem Gesichtspunkt der Marktneutralität durchaus rechtfertigen. Eine solche Differenzierung kann aber zu einer staatlich gelenkten Kreditpolitik führen.

272 Vgl. Erläuterungen, S. 9.

273 Zurzeit ist die Krediterteilung nicht beschränkt. Vgl. aber Art. 2 VO zum Kreditbeschluss vom 20. Dezember 1972.

Der Kreditbeschluss sieht nicht eine globale Zuwachsrate, sondern eine bankbezogene Plafonierung vor. Als Bemessungsgrundlage dient der Stand der inländischen Kredite an einem bestimmten Stichtag. Die Anwendung der Kreditbegrenzung hat gezeigt, dass zu weit zurückversetzte Stichtage Ursache von Wettbewerbsverzerrungen sein können. Sie sollten deshalb (sowohl bei einer Kreditplafonierung, als auch bei Mindestreserven), im Interesse der Marktneutralität, nur möglichst kurze Zeit zurückliegen[274].

Durch die Begrenzung der inländischen Krediterteilung werden wichtige Sortimentsteile des Aktivgeschäfts der Banken in Mitleidenschaft gezogen. Kredite an Personen und Gesellschaften mit Wohnsitz bzw. Sitz in der Schweiz können nur noch in begrenztem Ausmass angeboten werden[275]. Ist die Zuwachsrate ausgeschöpft, muss die einzelne Bank ihre Marktaktivität einstellen oder so stark reduzieren, dass sich die neu erteilten Kredite im Rahmen der Kreditrückzahlungen halten. In der Praxis heisst das, dass sich die Banken bei der Einräumung neuer Kreditlimiten schon in einem früheren Stadium, wenn die Zuwachsrate noch nicht erschöpft ist, einer gewissen Zurückhaltung befleissigen müssen, wollen sie nicht in einem späteren Zeitpunkt Gefahr laufen, gänzlich aus dem Markt auszuscheiden[276]. Ist eine Bank nicht mehr in der Lage, die Bedürfnisse ihrer Kunden zu befriedigen, so werden diese versuchen, sich bei Konkurrenzinstituten einzudecken. Wenn die Mitbewerber noch über einen gewissen Spielraum im Kreditgeschäft verfügen, werden sie aber wohl nur dann bereit sein einzuspringen, wenn gleichzeitig auch andere Bankleistungen in Anspruch genommen werden. Das kann zu einer Verlagerung der Nachfrage führen, die über den Kreditbereich hinausreicht.

Soll die Kreditbegrenzung nicht wirkungslos sein, müssen Umgehungsgeschäfte (namentlich die Vermittlung von Krediten zwischen Nichtbanken durch ein der Kreditbegrenzung unterstehendes Institut) untersagt werden[277 278].

Kleinere Institute, deren Bilanzsumme eine bestimmte Grenze nicht überschreitet, sollten zudem von der Kreditbegrenzung befreit werden. Unterstehen solche Institute der normalen Plafonierung, so haben neue Konkurrenten keine Möglich-

274 Der Stichtag darf im Zeitpunkt der Einführung der Kreditbegrenzung nicht mehr als drei Monate zurückliegen. Dadurch soll verhindert werden, dass Banken mit starkem Kreditwachstum nicht vom Markt ausgeschlossen werden, da sie den ihnen zustehenden Plafond bereits erreicht haben. In einer solchen Situation befanden sich 1972 verschiedene Institute, als der Kreditbeschluss vom 20. Dezember 1972 auf den Stand der Kredite vom 31. Juli 1972 abstellte.

275 Solche Kredite gelten, ohne Rücksicht auf den Ort ihrer Verwendung, als inländische Kredite. Immerhin kann die Nationalbank für die Kredite, die nachweislich im Ausland verwendet werden, Ausnahmen bewilligen. Eine Ausnahmebewilligung wird aber nur erteilt, wenn dies im Interesse des Landes liegt (Art. 3 Abs. 2 und 4 Kreditbeschluss).

276 Am Rande erwähnt sei, dass eine starke Ausnützung der eingeräumten Kreditlimiten zu einer Konfliktsituation zwischen der Einhaltung der Kreditzuwachsraten und der Erfüllung privatrechtlicher Vereinbarungen mit den Kunden führen kann.

277 Vgl. Art. 2 Abs. 3 VO zum Kreditbeschluss vom 20. Dezember 1972.

278 Den Krediten können zudem gleichgestellt und damit der Begrenzung unterworfen werden: die Übernahme inländischer Schuldverschreibungen; Treuhandgelder, die ein, der Kreditbegrenzung unterstehendes Institut für einen Kunden bei Personen oder Gesellschaften im Ausland anlegt (Art. 3 Abs. 5 Kreditbeschluss vom 19. Dezember 1975).

keit, ins Geschäft zu kommen, da die ihnen zugestandene Kreditexpansion immer Null wäre. Fehlt in einem Erlass, der die Kreditbegrenzung einführt, eine entsprechende Ausnahmeregelung, so wird der Zugang zu einem wichtigen Sektor des Bankengewerbes versperrt[279].

SCHWALM zeigt durch den Vergleich der Kantonalbanken mit den Grossbanken, dass die verschiedenen Bankengruppen durch die Kreditbegrenzung in unterschiedlichem Masse betroffen werden. Eine globale Zuwachsrate führt dazu, dass Banken mit kleinerem Marktanteil und solche, die vorwiegend im mittel- oder langfristigen Kreditgeschäft tätig sind, ihre Ausleihungen in stärkerem Masse einschränken müssen, wodurch ihre Wettbewerbskraft beeinträchtigt und die Tendenz zur Konzentration begünstigt wird[280]. Werden Neuausleihungen für Zahlungen an andere Kunden derselben Bank verwendet, die ihrerseits infolge dieser Gutschriften ihre Kredite zurückbezahlen bzw. ihre Kreditlimite in geringerem Masse beanspruchen, so wird trotz Neuausleihungen die Zuwachsrate des Kreditvolumens nicht beansprucht, die Bank in ihrer Kredittätigkeit nicht eingeschränkt. Bei Bankinstituten mit einem relativ grossen Anteil am gesamten Kredit- und Einlagevolumen des Banksystems wird die Wahrscheinlichkeit, dass eine Neuausleihung zu Zahlungen an andere Bankkunden verwendet wird, aber bedeutend höher sein, als bei einer Bank mit geringerem Marktanteil. Gegenüber Banken, die vor allem das kommerzielle Kreditgeschäft pflegen, sind Banken, die vorwiegend langfristige Kredite gewähren, nach Ansicht von SCHWALM deshalb im Nachteil, weil solche Kredite das Kreditvolumen endgültig ausdehnen, während kommerzielle Kredite zum Teil durch Überweisungen zugunsten der Kontokorrentkonten kompensiert werden können[281].

Zur Vermeidung besonderer Härten kann die Nationalbank im Einzelfall Zusatzquoten bewilligen, wobei sie besonderen regionalen Verhältnissen Rechnung zu tragen hat. Zudem kann der Bundesrat nötigenfalls Massnahmen zur Finanzierung des preisgünstigen Wohnungsbaus treffen, die von den Bestimmungen des Kreditbeschlusses abweichen[282]. Die Kreditbegrenzung wirkt also nicht global, sondern erlaubt Differenzierungen, denen das Merkmal der Marktneutralität abgesprochen werden muss, die de lege lata aber hinzunehmen sind.

Die quantitative Kreditbeschränkung kann durch eine *qualitative* ergänzt werden. Eine qualitative Plafonierung, d.h. eine selektive Beschränkung gewisser Kreditarten ermöglicht den Behörden, in einer überhitzten Konjunktur durch gezielte Eingriffe bestimmte Investitionen zu dämpfen[283]. Allerdings wird die Gewerbefreiheit

279 Vgl. Art. 2 VO zum Kreditbeschluss vom 20. Dezember 1972; Heinrich P., a.a.O., S. 348.
280 Schwalm W., Bemerkungen zur Kreditbegrenzung als Notenbankinstrument, WuR 1968, S. 30.
281 Schwalm W., a.a.O., S. 22 f.
282 Art. 3 Abs. 7 und 8 Kreditbeschluss (1975).
283 Zottmann A., Allgemeine Volkswirtschaftslehre IV, Geld und Kredit, Stuttgart 1969, S. 159; so sah der geld- und kreditpolitische Beschluss vom 13. März 1964 in Art. 5 Abs. 1 Belehnungsgrenzen für Kredite und Hypothekardarlehen vor, die zum Erwerb und zur Überbauung von inländischen Grundstücken gewährt wurden.

der Banken durch eine solche Ergänzung in noch weiterem Masse eingeschränkt, da neben die Begrenzung des Umfangs der Geschäftstätigkeit noch eine Beschränkung gewisser Arten von Leistungen tritt. Durch eine selektive Kreditpolitik wird gezielt in die Krediterteilung der Banken eingegriffen; der Marktausleseprozess wird ausser Kraft gesetzt. So kann der Bundesrat, gestützt auf den Kreditbeschluss den Abschluss von Kleinkredit-, Kundenkredit-, Kreditkarten- und Mietgeschäften für bewegliche Sachen, von Abzahlungsgeschäften sowie die Überziehung von Gehaltskonti erschweren. Dadurch soll notfalls erreicht werden, dass Käufer ohne ausreichende eigene finanzielle Mittel vom Markt ferngehalten werden, so dass der inflationäre Nachfragedruck gemildert wird. Die erwähnten Geschäfte dürfen allerdings lediglich erschwert, nicht aber gänzlich untersagt werden[284].

Eine Limitierung des Kreditzuwachses stellt, im Gegensatz zu den klassischen notenbankpolitischen Mitteln, einen direkten Eingriff in die Kredittätigkeit der Banken dar. Die Krediterteilung der Geschäftsbanken wird unabhängig von ihrer Liquiditätslage direkt beschränkt, so dass bei Erreichen des gesetzlichen Plafonds das vorhandene Potential nicht mehr ausgenutzt werden kann. Angebot und Nachfrage lassen sich nicht mehr ausgleichen; das Marktgleichgewicht wird gestört. Werden aber Preise und abgesetzte Mengen, die im System der Marktwirtschaft die abhängigen Variablen bilden, vom Staat auf einem Punkt fixiert, der von der Gleichgewichtslage abweicht, so sind Fehlreaktionen und Strukturverzerrungen die Folge[285]. Durch eine Kreditplafonierung kann die Zentralbank zwar unmittelbar und ohne dass ein längerer Bremsweg in Kauf genommen werden muss, die Geldversorgung der Wirtschaft steuern; sie muss jedoch als nicht marktkonforme dirigistische Massnahme, die zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs und zu einer Erstarrung der Bankenstruktur führen kann, abgelehnt werden[286]. Im revidierten Nationalbankgesetz wird denn auch auf die Möglichkeit der Kreditplafonierung verzichtet.

5.1.6. Beschränkung der Emissionstätigkeit

Die Emissionskontrolle dient der Ergänzung der übrigen Instrumente der Kreditpolitik. Mit ihrer Hilfe soll eine übermässige Beanspruchung des Kapitalmarktes und damit ein Anstieg des Zinsniveaus verhindert werden; eine Zinssatzerhöhung würde sich einerseits auf die Lebenshaltungskosten auswirken und hätte andererseits (wenigstens tendenziell) eine verstärkte Nachfrage nach inländischer Währung

284 Vgl. die inzwischen aufgehobene Verordnung über die Kleinkredit- und Abzahlungsgeschäfte vom 10. Januar 1973/16. Januar 1974.

285 Jöhr W.A., Wirtschaftspolitik, in: Staatslexikon, 6. Auflage, 8. Bd., Freiburg 1963, S. 809.

286 Winterberger G., Der Ausbau des Instrumentariums der Schweizerischen Nationalbank, Sonderdruck aus "Schweizer Monatshefte" 1967, S. 6; dazu auch Oetterli M., Kreditplafonierung – ein wesentliches Instrument der schweizerischen Konjunkturpolitik. Anwendungsbereich und Problematik, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festgabe für Sieber, Bern und Stuttgart 1976, S. 239 ff., 243 ff.

und damit eine Wechselkurserhöhung zur Folge. Ferner soll die Emissionskontrolle (unter dem Regime einer Kreditzuwachsbegrenzung) ein Ausweichen auf den Kapitalmarkt zur Umgehung direkter Kreditbegrenzungsmassnahmen verunmöglichen[287].

Gestützt auf Art. 4 Abs. 1 des Kreditbeschlusses (1975) hat der Bundesrat in der Verordnung über die Geld- und Kreditpolitik vom 19.12.1975 die öffentliche Ausgabe inländischer Schuldverschreibungen, Aktien, Genussscheine und Papiere ähnlicher Art *genehmigungspflichtig* erklärt[288] [289]. Die Nationalbank setzt den zulässigen Gesamtbetrag für die in einem bestimmten Zeitraum auszugebenden öffentlichen Anleihen fest[290]. Innerhalb des festgelegten Plafonds entscheidet eine speziell dafür ins Leben gerufene Kommission (nach gesetzlichen Kriterien) über die Gesuche[291].

Eine Emission gilt de lege lata dann als *öffentlich,* wenn die Einladung zur Zeichnung durch Prospekt oder ein anderes Werbemittel erfolgt, das sich an einen grösseren Personenkreis richtet. Daraus kann e contratio gefolgert werden, dass eine Emission, die sich an einen eng begrenzten Kreis richtet oder bei der die Einladung nicht durch ein Werbemittel erfolgt, nicht bewilligungspflichtig ist und demzufolge auch nicht beschränkt werden darf. Wird nur eine kleinere Personengruppe zu einer Emission eingeladen, so ist weder eine Belastung des Kapitalmarktes noch eine negative Auswirkung auf das Zinsniveau zu befürchten. Solche Emissionen können also ohne weiteres von der Bewilligungspflicht ausgenommen werden. Hingegen ist es denkbar, dass grössere Personenkreise im Verkaufsgespräch an den Schaltern zur Zeichnung entsprechender Titel eingeladen werden. Eine solche Praxis, bei der zwar keine Werbemittel (im engeren Sinn) eingesetzt würden, könnte indessen Auswirkungen auf den Kapitalmarkt zeitigen. Der in Art. 2 Abs. 2 der Verordnung über Geld- und Kreditpolitik verwendete Begriff der Werbemittel ist deshalb in einem weiteren Sinn zu verstehen; er muss auch den Einsatz persönlicher Werbemittel (d.h. den persönlichen Verkauf) miteinbeziehen.

Die Beschränkungen wirken sich insofern auf die Absatzzielsetzung aus, als die Zielbestimmung der einzelnen Institute nicht auf die Marktverhältnisse ausgerichtet werden kann, sondern den von der Nationalbank festgelegten Gesamtumfang zu berücksichtigen hat. Daneben wird die Absatzdurchführung im Emissionsgeschäft durch die Bewilligungspflicht erschwert. Die Emissionen können nicht auf die Bedürfnisse der Absatzpartner ausgerichtet werden; sie können nur dann durchgeführt werden, wenn sie den Zielen der Konjunkturpolitik nicht widersprechen. Um eine

287 Vgl. Erläuterungen S. 10.

288 Art. 2 Abs. 1 VO zum Kreditbeschluss (1975); Die gleiche Kompetenz erhält der Bundesrat in Art. 16g RE NbkG.

289 Die Emission ausländischer Anleihen und langfristiger Kredite auf dem inländischen Kapitalmarkt bedarf einer Bewilligung der Nationalbank (Art. 8 BaG).

290 Art. 4 Abs. 2 Kreditbeschluss (1975)/Art. 3 Abs. 2 BB über Geldpolitik; Art. 2 Abs. 4 VO zum Kreditbeschluss; Art. 16g Abs. 2 RE NbkG.

291 Art. 4 Abs. 4 Kreditbeschluss (1975)/Art. 3 Abs. 4 BB über Geldpolitik; Art. 2 Abs. 5 VO zum Kreditbeschluss; Art. 16h RE NbkG.

übermässige Beanspruchung des Kapitalmarktes zu vermeiden, können die Emissionen zeitlich gestaffelt oder gekürzt werden[292]. Ferner wird die Absatzdurchführung dadurch eingeschränkt, dass bei der Einreichung des Gesuchs eine bestimmte Frist eingehalten werden muss[293].

Die Emissionskontrolle trifft nicht nur das Leistungsangebot der Geschäftsbanken (Emissionsgeschäft), sondern auch die Mittelbeschaffung der Kreditinstitute als Basis des Aktivgeschäftes. Dadurch kann die Emissionskontrolle indirekt auch den Umfang des Kreditgeschäfts beeinflussen; dies insbesondere dann, wenn das im BaG vorgeschriebene Deckungsverhältnis erreicht ist und eine Aktienkapitalerhöhung über den Markt nicht genehmigt wird.

5.1.7. Einflussnahme auf den Kapitalexport

Die Nationalbank ist befugt, gegen bestimmte Kapitalexportgeschäfte der Geschäftsbanken Einspruch zu erheben oder sie an Bedingungen zu knüpfen (Art. 8 BaG)[294]. Sie hat dabei auf die Landeswährung, die Zinsverhältnisse auf dem Geld- und Kapitalmarkt und die wirtschaftlichen Landesinteressen Rücksicht zu nehmen. Will eine Geschäftsbank ein solches Geschäft abschliessen oder sich daran beteiligen, muss sie zuvor die Nationalbank unterrichten und deren Bewilligung einholen. Erhebt die Nationalbank Einsprache oder können die Bedingungen nicht erfüllt werden, so darf das Geschäft nicht abgeschlossen werden (Art. 8 Abs. 4 BaG). Bei längerfristigen Kapitalexportgeschäften der Banken, die einen bestimmten Betrag übersteigen, besitzt die Nationalbank demnach ein Vetorecht. Bewilligungspflichtig sind: Anleihen zugunsten des Auslandes, Aktienemissionen ausländischer Gesellschaften, Kredite und Anlagen im Ausland mit einer Laufzeit von mindestens 12 Monaten, falls sie den Betrag von 10 Millionen Franken erreichen (Art. 8 Abs. 2 lit. a c, Abs. 5 lit. a BaG). Ebenso bedarf die Mitwirkung an der erstmaligen Plazierung von Schuldverschreibungen eines ausländischen Ausstellers (notes, certificates of deposit) bei einer Laufzeit von wenigstens 12 Monaten der Genehmigung seitens der Nationalbank[295].

292 Art. 4 Abs. 3 Kreditbeschluss (1975)/Art. 3 Abs. 3 BB über Geldpolitik; Botschaft, BBl 1972 II, S. 1560; Art. 16h Abs. 1 und 3 RE NbkG; Botschaft, BBl 1978 I, S. 832 f.

293 Die Gesuche sind der Nationalbank direkt (oder indirekt über das Kartell schweizerischer Banken bzw. den Kantonalbankenverband) bis spätestens zum 10. des Vormonats desjenigen Quartals einzureichen, in dem die Emission vorgesehen ist. Bei Aktien und ähnlichen Papieren muss das Gesuch spätestens 6 Wochen vor Beginn der beabsichtigten Emission eingereicht werden (Art. 2 Abs. 3 VO zum Kreditbeschluss (1975)).

294 Bedingungen, von deren Erfüllen die Bewilligung abhängig gemacht werden kann, können darin bestehen, Kapitalexportgeschäfte in den Dienst der einheimischen Wirtschaft zu stellen, wobei vor allem an handelspolitische Gegenleistungen zu denken ist (vgl. Reimann R., Kommentar, S. 47).

295 Die Schuldverschreibungen ausländischer Schuldner wurden bei der Revision des BaG in den Kapitalexportartikel einbezogen, um eine zu starke Konkurrenzierung der inländischen Kassaobligationen notfalls verhindern und dadurch den empfindlichen Hypothekarmarkt schützen zu können (Botschaft, BBl 1970 I, S. 1174).

Eine solche ist dann nicht erforderlich, wenn die Plazierungen voraussichtlich innerhalb eines Jahres den Betrag von 3 Millionen Franken nicht erreichen (Art. 8 Abs. 5 lit. b BaG)[296].

Muss auf wirtschaftliche Landesinteressen Rücksicht genommen werden, so unterbreitet die Nationalbank die Kapitalexportgesuche den zuständigen Departementen, namentlich dem politischen, dem Finanz- und Zoll- sowie dem Volkswirtschaftsdepartement[297]. Diese dürfen bei ihrer Beurteilung indessen nur wirtschaftliche, nicht auch politische Aspekte berücksichtigen[298 299].

Die Bestimmungen über den Kapitalexport geben der Nationalbank die Möglichkeit, gegebenenfalls den Abfluss von Geldern ins Ausland zu verhindern, so dass schweizerische Ersparnisse dem inländischen Markt zugeführt und nicht dem Ausland zur Verfügung gestellt werden. Durch eine solche Unterbindung der Kapitalexporte wird nicht nur ein bestimmter Geschäftsbereich der Banken Beschränkungen unterworfen, sondern auch die internationale Marktstellung der Finanzinstitute beeinträchtigt. Derartige Massnahmen können zudem die Stellung der Schweiz als internationaler Finanzplatz gefährden; dies vor allem in Zeiten, in denen sich das internationale Emissionsgeschäft sprunghaft entwickelt. Allerdings ist festzuhalten, dass die Nationalbank, die ihr zustehende Befugnis zur Bewilligung von Kapitalexportgeschäften bisher im allgemeinen liberal gehandhabt hat[300]. Wird der schweizerische Markt von ausländischen Geldern überflutet, kommt der in Frage stehenden Bestimmung keine aktuelle Bedeutung zu. Im Gegenteil bildet in solchen Situationen der Kapitalexport ein willkommenes Ventil, um den Abfluss der Gelder ins Ausland zu ermöglichen.

5.1.8. Beschränkung des Zuflusses ausländischer Gelder

Politische und wirtschaftliche Unsicherheiten, Spekulationen und eine hohe internationale Liquidität lösen vielfach bedeutende Geld- und Kapitalverschiebungen aus, die zu schwerwiegenden Störungen der internationalen Währungsverhältnisse führen. Ein Teil dieser zuflucht- und anlagesuchenden Gelder bewegt sich in Rich-

296 Während bei Anleihen das Geschäft als solches 10 Mio. Franken nicht überschreiten darf, um nicht unter die Vorschrift des Art. 8 BaG zu fallen, bezieht sich die niedrige Limite bei der Plazierung von Schuldverschreibungen (3 Mio. Franken) auf den Anteil der einzelnen Banken (vgl. Botschaft, BBl 1970 I, S. 1175; Kleiner B., a.a.O., S. 40).

297 Reimann R., Kommentar, S. 46; Botschaft, BBl 1970 I, S. 1175.

298 Der politische Aspekt, der im Entwurf enthalten war, wurde von den Räten entfernt (Botschaft, BBl 1970 I, S. 1193, 1175); Kleiner B., a.a.O., S. 41.

299 Eine weitere Möglichkeit, den Kapitalexport zu beeinflussen, findet sich in Art. 48 AFG. Dort wird der Nationalbank die Befugnis übertragen, im Falle von schweren Störungen des Geld- und Kapitalmarktes (nach Rücksprache mit dem Bundesrat) den Erwerb von ausländischen Wertschriften und Immobilienwerten für Rechnung von Anlagefonds auf bestimmte Zeit zu untersagen.

300 Vgl. Kull W., a.a.O., S. 13.

tung Schweiz und übt damit Druck auf den Franken aus. Ursache für diesen Geldzufluss ist hauptsächlich die politische Stabilität, die gesunde Währung und die geringe Inflationsrate. Der Druck auf den Schweizerfranken wird zusätzlich verstärkt, wenn die internationale Unsicherheit dazu führt, dass in grossem Masse im Ausland angelegte Gelder repatriiert werden. Der Zufluss ausländischer Gelder führt bei festen Wechselkursen zu einer Erhöhung der inländischen Geldmenge, da die Nationalbank, wenn der Frankenkurs an die obere Bandbreite stösst, intervenieren, d.h. fremde Währungen gegen Schweizerfranken ankaufen muss. Bei flottierenden Wechselkursen ist die Notenbank zwar nicht verpflichtet einzugreifen, doch führt ein solcher Zufluss zu einer steten Höherbewertung der inländischen Währung, wodurch die internationale Konkurrenzfähigkeit der Exportindustrie beeinträchtigt wird. Das geltende ordentliche Recht kennt nur Massnahmen zur Kontrolle des Kapitalexportes; es enthält jedoch keine Vorkehren, um den Zufluss ausländischer Gelder abzuwehren. Die heutigen Abwehrmassnahmen basieren auf dem dringlichen, extrakonstitutionellen Bundesbeschluss über den Schutz der Währung vom 8. Oktober 1971[301]. Dieser dringliche Bundesbeschluss wird am 7. Oktober 1978 durch einen gleichnamigen Bundesbeschluss, der sich nunmehr auf den neuen Konjunkturartikel stützen kann, ersetzt und damit ins ordentliche Recht überführt. Dieser Erlass gibt dem Bundesrat (wie der ursprüngliche) die Kompetenz, bei schwerwiegenden Störungen der internationalen Währungsverhältnisse (in Verbindung mit der Nationalbank) ausserordentliche Massnahmen zu treffen, die er zur Führung einer dem Gesamtinteresse des Landes dienenden Währungspolitik als notwendig und unaufschiebbar erachtet[302]. Ausdrücklich ausgeschlossen werden dabei Massnahmen produktions-, preis- und lohnpolitischer Natur.

Gestützt auf den genannten Bundesbeschluss sind eine Reihe von Verordnungen erlassen worden, die alle auf eine Beeinflussung der internationalen Geldströme hinwirken und so die freie Ausübung des Bankengewerbes (zum Teil massgeblich) beeinträchtigen[303]. Die vom Bundesrat und der Nationalbank ergriffenen Massnahmen zielen alle darauf ab, den Zufluss ausländischer Gelder zu bremsen und

301 Dieser Bundesbeschluss wurde am 28. Juni 1974 abgeändert und bis zum 15. Oktober 1977 verlängert. Am 7. Oktober 1977 wurde der dringliche BB erneut (bis zum 15. Oktober 1980) verlängert.

302 Art. 1 Bundesbeschluss über den Schutz der Währung; vgl. Botschaft, BBl 1971 II, S. 843.

303 VO über Massnahmen gegen den Zufluss ausländischer Gelder vom 20. November 1974/22. Januar 1975; VO über die Fremdwährungspositionen der Banken vom 5. Juli 1972/11. Oktober 1972/1. April 1975; VO über die Stillegung von Schweizerfranken-Erlösen aus Interventionen am Devisenmarkt vom 22. Januar 1975; VO über die Bewilligungspflicht für die Aufnahme von Geldern im Ausland vom 5. Juli 1972. (Diese Verordnung findet keine Anwendung auf die Banken). VO über die Einfuhr ausländischer Banknoten vom 14. April 1976; VO über die Anlage ausländischer Gelder in inländischen Wertpapieren vom 27. Februar 1978; VO über die Ermächtigung der Schweizerischen Nationalbank zum Abschluss langfristiger Devisentermingeschäfte vom 27. Februar 1978. Die VO über die Mindestguthaben auf ausländischen Geldern vom 5. Juli 1972 wurde hinfällig, da die im Kreditbeschluss enthaltene Pflicht, bei der Nationalbank Mindestguthaben zu unterhalten, sich auch auf ausländische Gelder erstreckt. Vgl. dazu auch Art. 16e Revisionsentwurf NbkG.

deren Abfluss zu fördern[304]. Sie reichen von einem Verzinsungsverbot für ausländische Gelder, Negativzinsen, einer mengenmässigen Beschränkung der Terminverkäufe von Schweizerfranken an Ausländer über die Pflicht, Fremdwährungsverbindlichkeiten täglich durch entsprechende Forderungen auszugleichen bis zu einem allgemeinen Anlageverbot. Die erwähnten Vorschriften behindern den Verkehr der Banken mit ihrer ausländischen Kundschaft erheblich. Sie vermindern die Leistungsfähigkeit und damit die Konkurrenzfähigkeit inländischer Institute im Wettbewerb um den ausländischen Kunden. Das Leistungsangebot kann nicht im Hinblick auf die Marktverhältnisse bestimmt werden (Gesamtumfang der Terminverkäufe von Schweizerfranken), sondern muss auf hoheitliche Anordnungen Rücksicht nehmen. Daneben werden einzelne Leistungsmerkmale (Zinshöhe) durch hoheitliche Anordnungen festgelegt, so dass die Kreditinstitute auch die Qualität ihrer Leistungen nicht frei bestimmen können. Besonders einschneidende Wirkungen gehen vom Anlageverbot aus, denn es kann sich auch dämpfend auf die inländische Nachfrage nach Wertpapieren auswirken.

Da den Faktoren, die den Zustrom ausländischer Gelder begünstigen in Zukunft wohl unverminderte Bedeutung zukommt, werden die notwendigen Abwehrmassnahmen sich nicht bloss auf einen befristeten Bundesbeschluss stützen können. Deshalb gilt die am 7. Oktober 1978 in Kraft tretende Ordnung auch bloss als Übergangslösung, die nur solange in Kraft bleibt, bis die Revision des Nationalbankgesetzes abgeschlossen ist[305]. Der Revisionsentwurf des Nationalbankgesetzes sieht in Art. 16i eine entsprechende Vollmacht des Bundesrates vor, die diesen verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, um den Zufluss ausländischer Gelder zu bremsen, falls ein solcher Zustrom die ausgeglichene konjunkturelle Entwicklung des Landes stört oder zu stören droht.

Dadurch erhält der Bundesrat zwar die notwendige Flexibilität, um rasch auf nicht voraussehbare Änderungen der Währungsverhältnisse reagieren zu können. Der Vorteil muss indessen mit einer Beeinträchtigung der Rechtssicherheit erkauft werden, bleiben doch die betroffenen Banken stets im Ungewissen darüber, ob und wie weit ihr Tätigkeitsspielraum im konkreten Fall eingeengt werden kann. Die Vollmacht des Bundesrates wird zwar durch den Gegenstand (Zufluss von Geldern aus dem Ausland) und das Ziel (Abwehr von Störungen der konjunkturellen Entwicklung) begrenzt[306]. Sie gibt der Währungsbehörde aber trotzdem überaus weitgehende und nur schwer zu überschauende Interventionsmöglichkeiten. Immerhin sieht

304 Als ausländische Gelder gelten auf Schweizerfranken lautende Guthaben von Ausländern gegenüber Banken mit Einschluss der Guthaben, die den Banken zur treuhänderischen Anlage bei Dritten anvertraut worden sind. Ausländer sind: natürliche Personen ausländischer Nationalität mit Wohnsitz im Ausland sowie juristische Personen und Gesellschaften mit Sitz im Ausland. Zu beachten ist, dass ausländisch beherrschte juristische Personen und Gesellschaften, die ihren Sitz zwar in der Schweiz haben, in unserem Land aber keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, ebenfalls als Ausländer i.S. dieser Verordnung gelten (Art. 2 VO über Massnahmen gegen den Zufluss ausländischer Gelder).

305 Botschaft, BBl 1978 I, S. 1220.

306 Vgl. Botschaft, BBl 1978 I, S. 833.

Art. 16i Abs. 1 RE NbkG eine Reihe von Massnahmen vor, die vorgängig getroffen werden müssen. Nämlich:

- eine Einschränkung oder ein Verbot der Verzinsung von Schweizerfranken-Guthaben, die Ausländern gehören;
  eine Erhebung von Kommissionen (Negativzinsen) auf solchen Guthaben;
  eine Begrenzung von Devisentermingeschäften mit Personen im Ausland;
- eine Beschränkung des Erwerbs inländischer Wertpapiere durch Personen im Ausland;
- eine Bewilligungspflicht für die Aufnahme von Geldern im Ausland;
- eine Verpflichtung zum Ausgleich von Fremdwährungsverbindlichkeiten.

Diese Massnahmen entsprechen den heute geltenden Beschränkungen. Weiter gehende Bestimmungen dürfen nur subsidiär (wenn die genannten nicht ausreichen) erlassen werden; sie sind zudem zu befristen. Überdies wird in Abs. 3 klar festgehalten, dass der Zahlungsverkehr nicht eingeschränkt werden darf (keine Devisenkontrolle).

5.1.9. Festlegung der Zinse bei Kassaobligationen

Banken mit einer Bilanzsumme von wenigstens 20 Mio. Franken, die eine Erhöhung des Zinsfusses auf Kassaobligationen beabsichtigen, haben (gemäss Art. 10 BaG) der Nationalbank davon wenigstens 2 Wochen vorher Mitteilung zu machen. Um Umgehungen zu verhindern, sind solchen Zinssatzerhöhungen alle mittelbaren und unmittelbaren Vergünstigungen auf dem Nominalbetrag sowie jede Prämie oder Vergütung bei der Rückzahlung gleichgestellt. Das Analoge gilt für die Verkürzung der Laufzeit (Art. 29 VO zum BaG). Art. 10 BaG soll zu einer gewissen Stabilisierung des Zinsfusses beitragen, da häufige Schwankungen zu Unsicherheit führen und sich störend auf die Wirtschaft auswirken[307]. Der Gesetzgeber hat die Meldepflicht auf Kassaobligationen beschränkt, da erfahrungsgemäss Zinsbewegungen dieser mittelfristigen Passivgelder das gesamte Zinsgefüge beeinflussen. Vor allem aber sind Kassaobligationen das Hauptfinanzierungsmittel für Hypotheken[308]. Bei der Prüfung der beabsichtigten Zinsfusserhöhung darf die Nationalbank nicht nur wirtschaftliche Landesinteressen und die Gestaltung des Zinsfusses auf dem Geld- und Kapitalmarkt[309] in Rechnung stellen; sie muss vielmehr auch auf berechtigte Interessen der Bank Rücksicht nehmen. Solche berechtigte Interessen liegen dann vor, wenn die Zinsfusserhöhung zur Verhütung oder Behebung ernster Liquiditätsschwierigkeiten beitragen kann[310]. Die Nationalbank besitzt indessen kein Veto-

307 Vgl. Reimann R., Kommentar, S. 43.
308 Vgl. Reimann R., Kommentar, S. 43; Kleiner B., a.a.O., S. 41 f.
309 Dabei schenkt die Nationalbank namentlich Rückwirkungen auf die Hypothekarsätze ihre Aufmerksamkeit (Kull W., a.a.O., S. 12).
310 Reimann R., a.a.O., S. 49.

recht. Ein vom Nationalrat beschlossener Zusatz, der der Nationalbank gestattet hätte (im Einvernehmen mit dem Bundesrat), Zinsfusserhöhungen zu untersagen, wurde in der parlamentarischen Behandlung schliesslich auf Vorschlag des Ständerates gestrichen[311]. Die Nationalbank kann nur darauf *hinwirken*, dass eine Erhöhung unterbleibt. Wenn die Nationalbank auch kein Vetorecht besitzt, so ist die Wirkung der Vorschrift des Art. 10 BaG in der Praxis doch dieselbe. Einmal hat die Bestimmung schon an sich zur Folge, dass mit Zinssatzerhöhungen vorsichtig umgegangen wird; zum andern wird es kaum ein Bankinstitut wagen, sich mit der Nationalbank zu überwerfen, womit sich die Melde- praktisch einer Bewilligungspflicht nähert und die Preisbildung bei dieser Marktleistung erheblich beeinflusst[312]. Die Banken sind ausserstande, sich durch Preismanipulationen bei Kassaobligationen einen Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen, denn rein absatzpolitische Interessen sind nicht als "berechtigte Interessen" im Sinne von Art. 10 BaG zu betrachten. Es müssen vielmehr gewichtigere Gründe vorliegen, damit die Interessenabwägung der Nationalbank (wirtschaftliche Landesinteressen - Individualinteressen) zu ihren Gunsten ausfällt. Einzig dadurch wird aber ein Institut, das tatsächlich solche Motive geltend machen kann (z.B. Liquiditätsengpass) in die Lage versetzt, einen vorübergehenden Wettbewerbsvorsprung zu realisieren und seine Schwierigkeiten zu beseitigen.

Die Meldepflicht zeitigt nicht nur Auswirkungen auf Zinssatzerhöhungen. Sie kann gegenteils auch einen gewissen Einfluss auf Preissenkungen ausüben. Denn die Geschäftsbanken werden bei sinkendem Zinsniveau eine gewisse Zurückhaltung bei der Anpassung der Kassaobligationszinse an den Tag legen, da sie nicht wissen, ob ihnen zu einem späteren Zeitpunkt eine Erhöhung zugestanden wird. Ein solches Vorgehen bedingt allerdings, dass die Nachfrage bei rückläufigen Zinssätzen mit Hilfe anderer Marketinginstrumente (Werbung, Verkauf) auf "kostengünstigere" Sortimentsteile verlagert wird (Sparhefte etc.), um bei den Preisen der Aktivleistungen konkurrenzfähig bleiben zu können.

5.1.10. Beschränkung der Werbung

Der Kreditbeschluss ermächtigt den Bundesrat in Art. 6 den Abschluss von Kleinkredit-, Kundenkredit-, Kreditkarten- und Mietgeschäften für bewegliche Sachen, von Abzahlungsgeschäften sowie die Überziehung von Gehaltskonti zu erschweren; Art. 5 gibt dem Bundesrat die Kompetenz, die Werbung für solche Geschäfte zu beschränken oder ganz zu untersagen. Von dieser Befugnis hat der Bundesrat Gebrauch gemacht und am 10. Januar 1973/16. Januar 1974 die inzwischen wieder

311 Sten.Bull. NR, S. 798. 807, 822; StR, S. 459, 465; Reimann R., a.a.O., S. 49.

312 Vgl. Schürmann L., Bankenartikel, S. 73; So könnte z.B. die Nationalbank die Diskontierung von Wechseln ohne Angabe von Gründen verweigern.

(stufenweise) aufgehobene Verordnung über die Kleinkredit- und Abzahlungsgeschäfte erlassen. Diese Verordnung sah eine Höchstgrenze für die Rückzahlung *auch* der Kleinkredite vor; ferner eine (gegenüber früher) sehr massive Mindestanzahlung für Abzahlungsgeschäfte; schliesslich ein Verbot für die Einräumung neuer Kleinkredite, solange bestehende nicht vollständig zurückbezahlt waren. Endlich enthielt die Verordnung ein einschneidendes Werbeverbot. Die Bestimmungen dieser Verordnung zielten einzig darauf ab, die Nachfrage nach Konsumgütern aus konjunkturpolitischen Gründen einzudämmen; sie verfolgten keinerlei sozialpolitische Zwecke. Für das Marketing der Banken ist (in diesem Zusammenhang) primär die Möglichkeit, die Werbung für Kleinkredite und Kreditkarten zu beschränken, relevant.

Kleinkredite dienen vorwiegend der Finanzierung von Konsumgütern; sie verfolgen also den Zweck, die zur Befriedigung originärer Bedürfnisse notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen. Als solche Problemlösungen bergen sie die Gefahr in sich, dass Konsumgüterkäufe in allzu starkem Umfang zeitlich vorverschoben werden. Die Kleinkreditwerbung kann überdies stärker als eine andere Werbung den Kaufentschluss auslösen, da die finanzielle Schranke, die einer sofortigen Bedürfnisbefriedigung entgegenstehen kann, hier wegfällt. Ganz besondere Wirkung entfaltet diese Werbung, wenn sie mit konkreten Gütern verbunden wird, von denen ohnehin schon ein starker Kaufdruck ausgeht.

Eine solche Werbung steht zweifellos im Widerspruch zu Bemühungen um eine Dämpfung der Konjunktur[313]. Die inzwischen aufgehobene Verordnung hatte den Einsatz bestimmter Werbemittel für die erwähnten Leistungen untersagt und damit die Absatzdurchführung empfindlich beeinträchtigt. Verboten waren namentlich die Fernsehwerbung sowie die Werbung durch öffentliche Plakate und durch unaufgeforderte Zustellung von Drucksachen und Streuprospekten[314]. Hingegen blieben Inserate in Zeitungen und Zeitschriften, aber auch die Werbung durch Schaufenster weiterhin unbeschränkt möglich, obwohl diese Werbemittel eine ähnliche Breitenwirkung entfalten wie Plakate und TV-Spots. Übrigens war der Einsatz der von der Verordnung erfassten Werbemittel nicht gänzlich untersagt. Zulässig blieb die informative Werbung bei Kunden[315]. Allerdings konnten für die Orientierung der Kunden nur Prospekte und Werbebriefe verwendet werden, da nur der Einsatz dieser Mittel gezielt vorgenommen werden kann. Informative Werbung

313 Vgl. Botschaft, BBl 1972 II, S. 1561. Was die Kreditkarten betrifft, so führt eine vermehrte Inanspruchnahme derselben nicht nur zu einer Zunahme von Konsumgüterkäufen auf Kreditbasis, sondern auch zu einer Ausweitung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs. Dies jedoch hat (wenigstens tendenziell) eine Erhöhung der Umlaufgeschwindigkeit des Geldes zur Folge, die bei konstanter Geldmenge zu einer Steigerung der Teuerungsrate führen kann.

314 Die Verteilung von Drucksachen und Streuprospekten als Beilage von Zeitungen und Zeitschriften fiel ebenfalls unter das Verbot (BGE 101 IV 95).

315 Als Kunde galt, wer in der Zeitspanne von zwei Jahren vor Erlass der Verordnung mit dem Absender in Geschäftsbeziehung stand (Art. 2 Abs. 2 VO über die Kredit- und Abzahlungsgeschäfte vom 10. Januar 1973/16. Januar 1974).

durch öffentliche Plakate und Fernsehen war – ihrer ungezielten, breiten Streuung wegen – unzulässig. Durch diese einseitige Beschränkung wurde der Erfolg der Massnahme allerdings zum vornherein in Frage gestellt.

Wird der Einsatz eines Teils der Werbemittel Beschränkungen unterworfen, so kann die Werbung zwar nach wie vor als Marketinginstrument eingesetzt werden; es ist jedoch kaum mehr möglich, die optimale Medienkombination auszuwählen. Eine einseitige Beschränkung führt deshalb zu einer ungleichen Behandlung der Wettbewerber, da die verschiedenen Märkte grundsätzlich eine andere Gewichtung der Werbemittel verlangen; einzelne Banken können die optimale Medienkombination unverändert beibehalten, während andere eine völlige Umstellung ihrer Werbepolitik vornehmen müssen. Zudem bestehen, je nach regionalen Gegebenheiten, unterschiedliche Ausweichmöglichkeiten. Eine Einschränkung der Werbung durch den Ausschluss bestimmter Mittel verstösst somit gegen das Gleichbehandlungsprinzip. Im übrigen wird der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt, wenn die Werbung in Teilbereichen gänzlich ausgeschaltet, der Einsatz bestimmter Werbemittel hingegen nach wie vor zugelassen wird. Die Beschränkung der Werbung könnte zwar dadurch wirkungsvoller gestaltet werden, wenn alle Werbemittel einbezogen würden. Ein solches umfassendes Verbot würde aber gleichfalls dem Verhältnismässigkeitsprinzip zuwider laufen, da auch in diesem Fall der zu erwartende Erfolg in keinem vertretbaren Verhältnis zur Beeinträchtigung der freien Erwerbstätigkeit stünde. Auf der andern Seite birgt eine Lösung, die beim Werbeinhalt ansetzt und die informative Werbung generell von einem Verbot ausnehmen möchte, kaum lösbare Abgrenzungsprobleme, da einerseits eine Ausscheidung der rein informativen Elemente zu grossen Schwierigkeiten führen würde und andererseits auch eine Werbebotschaft, die ausschliesslich rationale Argumente enthält, emotionale Sphären ansprechen kann. Zu einem befriedigenden Resultat (sowohl unter dem Aspekt der Kreditpolitik als auch unter Wahrung der Interessen der Kreditinstitute) führt einzig die Begrenzung derjenigen Werbung, die geeignet ist, den Kunden zu unüberlegten Kaufentscheiden zu veranlassen. Betroffen würde dabei in erster Linie eine übertriebene, marktschreierische Werbung sowie Werbeinhalte, die einseitig die Vorteile des Kredites (Konsumgut) in den Vordergrund stellen, ohne auch auf die Pflichten des Kreditnehmers (Zins, Kapitalrückzahlung, Laufzeit) Bezug zu nehmen.

5.1.11. Allgemeinverbindlicherklärungen

Freiwillige Vereinbarungen zwischen der Nationalbank und den Geschäftsbanken bildeten, in Ermangelung eines ausgebauten Notenbankinstrumentariums, seit jeher ein wichtiges Instrument der schweizerischen Währungspolitik[316]. Solche Gentle-

316 Perrin J.F., Les conventions déclarées de force obligatoire générale en tant que source de droit, Exemples dans les domaines des conventions-cadres de baux à loyer des accords

men's Agreements sind mit verschiedenen Nachteilen behaftet. Zu nennen wären insbesondere die zeitliche Verspätung der Reaktion, die ungenügende Flexibilität der Notenbank (keine Möglichkeit autonomer Massnahmen), die beschränkte persönliche Geltung und die mangelhafte Durchsetzung[317]. Diese augenscheinlichen Mängel führen zur Erkenntnis, dass die Kredit- und Währungspolitik nicht allein auf freiwilliger Basis aufgebaut werden kann. Vereinbarungen zwischen der Notenbank und den Geschäftsbanken sind nicht geeignet, den Einsatz des Notenbankinstrumentariums zu ersetzen. Sie können jedoch die Aktivitäten der Nationalbank wirkungsvoll ergänzen. In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage, ob die Wirksamkeit freiwilliger Vereinbarungen nicht durch Allgemeinverbindlicherklärungen zusätzlich verbessert werden könnte. In der Tat liessen sich dadurch einige Mängel der Abkommen zwischen Notenbank und Geschäftsbanken ausmerzen: durch Allgemeinverbindlicherklärungen kann die Geltung solcher Vereinbarungen auf alle Branchenangehörigen ausgedehnt werden; ferner kann die Missachtung der Vorschriften mit öffentlich-rechtlichen Sanktionen verbunden werden. Dadurch wird aber in den Rechtssetzungsprozess eingegriffen und, in Umgehung der von der Verfassung dafür vorgesehenen Organe, neues objektives Recht geschaffen. Der Weg der Gesetzgebung und die dazu berufenen Organe dürfen aber einzig durch die Verfassung bestimmt werden. Es ist ja geradezu eine der Grundaufgaben jeder Verfassung, zum Gesetzgebungsverfahren Stellung zu nehmen. Eine allfällige Korrektur des geltenden Normsetzungsverfahrens bedarf deshalb immer auch einer Änderung der Verfassung. Die Bundesverfassung kennt nun zwar das Instrument der AVE. Sie sieht dieses jedoch lediglich im Bereich des Arbeitsrechts vor und schliesst deren Anwendung damit e contrario auf andern Gebieten aus. Im übrigen ist festzuhalten, dass die AVE im Widerspruch zum demokratischen Prinzip unserer Verfassung stehen, da vom Prinzip abgewichen wird, wonach Gesetzesrecht nur unter Mitwirkung der Stimmbürger zustande kommen kann[318]. Aus diesen wenigen Hinweisen kann gefolgert werden. dass die AVE auf dem Gebiet der Geld- und Kreditpolitik grundsätzlich unzulässig sind.

Der extrakonstitutionelle Bundesbeschluss über den Schutz der Währung sah die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung für den von ihm erfassten Bereich der Währungspolitik vor. Art. 1 Abs. 2 dieses Erlasses gab dem Bundesrat das Recht, Vereinbarungen zwischen der Nationalbank und einer Mehrheit der zum Beitritt aufgeforderten Personen und Gesellschaften allgemeinverbindlich zu erklären. Damit hätten Normen gesetzt werden können, welche die gleiche Wirkung

entre la Banque Nationale et les banques suisses, ZSR 1976, S. 534 ff.; vgl. ferner Hausheer H., Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, ZSR 1976, II. Halbband, S. 331 ff.

317 Daneben wird etwa auf die Unvereinbarkeit der Individualinteressen der Banken mit den gesamtwirtschaftlichen Interessen der Währungsbehörden hingewiesen. Diese Interessengegensätze sind jedoch nicht so gravierend, da die Banken letztlich auch auf die, von der Notenbank angestrebte Stabilität der Wirtschaft angewiesen sind.

318 Fleiner F./Giacometti Z., a.a.O., S. 808; Nef H., Gutachten, S. 16; Ehrsam P., a.a.O., S. 92, Anm. 2.

entfalten wie Gesetzesvorschriften und die die Marketingaktivitäten (besonders derjenigen Institute, die nicht freiwillig zugestimmt haben) empfindlich hätten treffen können. Der Revisionsentwurf für ein neues Nationalbankgesetz verzichtet auf die Möglichkeit der AVE[319]. Ebenso der Bundesbeschluss über den Schutz der Währung, der am 7. Oktober 1978 (als Übergangslösung) den dringlichen Bundesbeschluss abgelöst und die Währungsschutzmassnahmen ins ordentliche Recht übergeführt hat[320].

5.2. Andere wirtschaftspolitische Schranken

5.2.1. Strukturpolitische Massnahmen

Art. 31bis Abs. 3 BV überträgt dem Bund die Befugnis, wirtschaftspolitische (namentlich struktur- und regionalpolitische) Massnahmen zu ergreifen, die unter Umständen von der HGF abweichen können. Allerdings sind die aufgrund dieser Bestimmung möglichen Beschränkungen der freien Erwerbstätigkeit nur zulässig, wenn eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sind. Die Eingriffe müssen insbesondere durch das *Gesamtinteresse* gerechtfertigt sein und dem Prinzip der *Verhältnismässigkeit* und *Subsidiarität* entsprechen. Massnahmen zugunsten bestimmter Wirtschaftsbereiche sind nur zulässig, wenn zudem eine *Existenzgefährdung wichtiger Wirtschaftszweige oder Berufe*[321] vorliegt, d.h. wenn einem Wirtschaftssektor, der für die Volkswirtschaft unentbehrliche Funktionen ausübt, eine unmittelbare und akute Gefahr droht, der dieser nicht selber begegnen kann[322].

Ist das Bankengewerbe in seiner Existenzgrundlage gefährdet und sind die übrigen Voraussetzungen erfüllt, so kann der Bund protektionistische Massnahmen zu seiner Erhaltung ergreifen. Solche staatliche Massnahmen können aber nur ergriffen werden, wenn die Existenzgefährdung eine Mehrzahl durchschnittlich leistungsfähi-

319 Botschaft, BBl 1978 I, S. 827, 843.

320 Botschaft, BBl 1978 I, S. 1219;. Die Überführung ins ordentliche Recht wurde durch die Annahme des neuen Konjunkturartikels (Art. 31quinquies BV) durch Volk und Stände in der Volksabstimmung vom 26. Februar 1978 ermöglicht.

321 Unter den Wirtschaftszweigen sind Teilbereiche der nationalen Wirtschaft, unter den Berufen, Unterabteilungen eines Wirtschaftszweiges zu verstehen. Grundsätzlich sollen alle Zweige und Branchen und sämtliche Berufsgruppen durch die Wirtschaftsartikel erfasst werden. Die Einschränkung des Anwendungsbereichs erfolgt über die Bedingungen und Voraussetzungen. Nicht erfasst durch lit. a werden die Landwirtschaft und das Gastgewerbe, da für diese spezielle Bestimmungen bestehen (vgl. Schürmann L., Der Gewerbeartikel der Bundesverfassung, WuR 1965, S. 156; Marti H., HGF, S. 169 f.; a.M. offenbar: v. Castelberg G., Die Erhaltung wichtiger, in ihrer Existenzgrundlage gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe, WuR 1952, S. 180 f.).

322 Schürmann L., Gewerbeartikel, S. 155 ff.

ger Betriebe und nicht nur Grenzbetriebe betrifft[323]. Dabei muss meines Erachtens nicht das ganze Bankwesen betroffen werden. Vielmehr rechtfertigt sich auch ein Eingriff zugunsten einzelner Bankengruppen, wenn die Mehrheit der einem Bankentyp zuzurechnenden Institute in ihrer Existenz bedroht ist. Sollte eine solche Situation einmal eintreffen, so würde das Bankengewerbe zweifellos als wichtiger Wirtschaftszweig gelten. Dies primär wegen seiner zentralen Funktion im Geldkreislauf der Volkswirtschaft und nicht so sehr wegen der ansehnlichen Zahl von Arbeitsplätzen. Daran dürfte auch eine zukunftsbezogene Beurteilung nichts ändern, denn es sind keine wirtschaftlichen Veränderungen zu erwarten, die die volkswirtschaftliche Bedeutung der Banken mindern könnten. Allerdings ist zu beachten, dass selbst volkswirtschaftlich wichtige Wirtschaftszweige nicht unbedingt erhaltungswürdig sind, kann doch das Gesamtinteresse zu einer andern Gewichtung führen[324]. Werden die strukturpolitischen Massnahmen unter das Vorzeichen des Gesamtinteresses gestellt, so wird damit eine Interessenabwägung vorgenommen, bei der es letztlich um die Frage geht, ob die dynamische Entwicklung oder der in einem bestimmten Zeitpunkt bestehende Zustand besser mit dem Gesamtinteresse zu vereinbaren ist. Dadurch wird verhindert, dass Sonderinteressen überbewertet werden. Diese sind nur dann zu schützen, wenn sie so erheblich sind, dass das Gesamtinteresse ihnen nicht entgegensteht[325]. Das "Gesamtinteresse" geht über das gesamtwirtschaftliche Interesse des Art. 31bis Abs. 2 BV hinaus und umfasst auch ausserwirtschaftliche Interessen, also beispielsweise solche allgemeinpolitischer Art[326]. Es steht ausser Frage, dass im Bankengewerbe (wenn die von der Verfassung verlangten Selbsthilfemassnahmen nicht zum Ziel führen) gegebenenfalls das Gesamtinteresse einen Eingriff in die HGF rechtfertigen würde. Die Erhaltung eines funktionstüchtigten Bankensystems würde dem im Gesamtinteresse zum Ausdruck kommenden öffentlichen Wohl nicht nur nicht widersprechen; dieses würde im Gegenteil geradezu nach einem solchen Eingriff verlangen, da bei einem Zusammenbruch des Bankensystems mit schwerwiegenden Folgen für die übrige Wirtschaft und damit auch für die politischen und sozialen Bereiche gerechnet werden müsste.

Dadurch dass nur "nötigenfalls" von der HGF abgewichen werden darf, wird dem Prinzip der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität Ausdruck verliehen[327]. Ein Eingriff darf also nur dann vorgenommen werden, wenn das angestrebte Ziel nicht anders erreicht werden kann. Mit andern Worten: wenn irgendwie möglich, sind andere, mit der HGF zu vereinbarende Massnahmen zu ergreifen (beispielsweise Förderungsmassnahmen nach Abs. 2); ist ein Eingriff aber unumgänglich, so

323 Die Existenzgefährdung muss ausserdem auf strukturelle Veränderungen und nicht bloss auf saisonale oder konjunkturelle Schwankungen zurückzuführen sein. Präventive Massnahmen sind unzulässig. Dazu: Schürmann L., Gewerbeartikel, S. 160.

324 Schürmann L., Gewerbeartikel, S. 157.

325 Schürmann L., Gewerbeartikel, S. 153; Marti H., Wirtschaftsfreiheit, S. 140.

326 Marti H., Wirtschaftsfreiheit, S. 141; Fleiner F./Giacometti Z., a.a.O., S. 290; Schürmann, Gewerbeartikel, S. 153.

327 Schürmann L., Gewerbeartikel, S. 155.

müssen die Massnahmen abgestuft nach ihrer Schwere zum Einsatz gelangen. Sie dürfen zudem nur soweit als unbedingt nötig gehen[328].

Die Verfassung spricht sich zwar über die zu ergreifenden Massnahmen nicht aus. Generell kann aber gesagt werden, dass alle Vorschriften, die geeignet sind, den angestrebten Zweck (Erhaltung von Wirtschaftszweigen oder Berufen, Förderung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Selbständigerwerbenden) zu erreichen, im Rahmen der allgemeinen Schranken, die für wirtschaftspolitische Interventionen gelten (Rechtsgleichheit, Verhältnismässigkeit), zulässig sind[329]. Als klassische Mittel sind die Verbote bestimmter Tätigkeiten, Kontingentierungen, die zahlenmässige Beschränkung der Betriebe, die Bewilligungspflicht verbunden mit obligatorischen Fähigkeitsausweisen und/oder Finanzausweisen, Zwangskartelle sowie obligatorische Berufsverbände zu erwähnen[330]. Im Bankengewerbe dürften primär die folgenden Massnahmen in Frage kommen: Verbote bestimmter Tätigkeiten (z.B. Abschluss risikoreicher Geschäfte), eine mengenmässige Beschränkung gewisser Leistungen (Kontingentierung), Preisvorschriften sowie die Einführung der Bedürfnisklausel bei der Gründung neuer Banken und bei der Errichtung von Zweigniederlassungen. Die von einem Fähigkeits- und Finanzausweis abhängige Bewilligungspflicht fällt in diesem Zusammenhang ausser Betracht, da diese Erfordernisse bereits aufgrund polizeilicher Vorschriften des BaG verlangt werden (Mindestkapital, fachliche Anforderungen der Verwaltung).

Die im Bankengewerbe zu beobachtende *Konzentrationsbewegung* bedeutet keine Gefährdung dieses Wirtschaftszweiges oder einzelner Bankengruppen, solange die Institute mehrheitlich konkurrenzfähig bleiben und daher in ihrer Existenzgrundlage nicht bedroht sind[331]. Aber selbst wenn eine Mehrheit von Unternehmen von Übernahmen betroffen wäre, müsste abgeklärt werden, ob nicht das Gesamtinteresse einem Eingriff entgegenstünde. In der Tat ist der Trend zu grösseren Betriebseinheiten (sofern von den "economies of scale" profitiert wird) von volkswirtschaftlichem Nutzen, da eine Leistungseinheit infolge von Rationalisierungs- und Automatisierungsmassnahmen mit einem kleineren Einsatz an Kapital und Arbeit erstellt werden kann. Das Gesamtinteresse dürfte deshalb solange keinen Eingriff rechtfertigen, als die Versorgung der Bevölkerung mit Bankleistungen sichergestellt ist und auch auf regionalen Teilmärkten der Wettbewerb aufrechterhalten wird.

In diesem Zusammenhang ist schliesslich zu beachten, dass das Marketing der Banken auch durch Vorkehren eingeschränkt werden kann, die im Interesse anderer Wirtschaftszweige oder Berufe, der Landwirtschaft, bedrohter Regionen sowie der Kriegsvorsorge erlassen werden könnten. Denkbar wären beispielsweise Vorschriften über die Krediterteilung (Ausschluss bestimmter Geschäfte, Belastungsgrenzen) und

328 Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt ferner (wenn der Wortlaut der BV dies auch nicht ausdrücklich vorsieht), dass die Eingriffe nach lit. a zu befristen sind.
329 Schürmann L., Gewerbeartikel, S. 161.
330 Dazu: Schürmann L., Gewerbeartikel, S. 161; Marti H., HGF, S. 162 ff.
331 Vgl. auch: Heinrich P., a.a.O., S. 219 ff.

die Preisgestaltung (Zinsmaxima). Dass sich solche Massnahmen auf das Bankwesen auswirken oder gerade bei diesem ansetzen, ist auf die für solche Eingriffe strategisch wichtige Stellung der Banken im Geldkreislauf zurückzuführen. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit dürfen solche Eingriffe in die Geschäftstätigkeit der Banken jedoch nur vorgenommen werden, wenn andere Massnahmen, also beispielsweise Zwangsmassnahmen innerhalb des notleidenden Wirtschaftszweiges oder Landesteils nicht genügend wirksam sind[332]. Selbstverständlich ist, dass Massnahmen der erwähnten Art nur zulässig sind, wenn alle übrigen Voraussetzungen des Art. 31bis Abs. 3 BV gegeben sind.

Der Bund kann aufgrund von Art. 31bis Abs. 2 BV *Massnahmen zur Förderung* einzelner Wirtschaftszweige und Berufe ergreifen mit dem Ziel, in Schwierigkeiten geratenen Wirtschaftszweigen und Berufen zu helfen; dies selbst dann, wenn die Voraussetzungen für weitergehende Eingriffe noch nicht gegeben sind, sei es, dass noch keine Existenzgefährdung vorliegt, noch keine Selbsthilfemassnahmen ergriffen wurden oder Gründe der Verhältnismässigkeit gegen die einschneidenden Massnahmen des Abs. 3 sprechen. Eine Förderung, die auch dem Bankengewerbe oder bestimmten Teilen desselben zuteil werden könnte[333], ist zwar nicht an die Voraussetzungen von Abs. 3 und 4 gebunden; sie müsste aber den "allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft" entsprechen. Auch hier sind also nicht allein die Sonderinteressen der betreffenden Wirtschaftszweige und Berufsgruppen massgebend. Vielmehr ist auch in diesem Fall weitergehenden Interessen Rechnung zu tragen. Die Förderungsmassnahmen beschränken sich ferner nicht auf wichtige Wirtschaftszweige und Berufe; auch weniger zentrale Bereiche können gefördert werden, wenn das öffentliche Wohl dies rechtfertigt.

Das Marketing der Banken kann auch durch Förderungsmassnahmen auf zweifache Weise beeinflusst werden; nämlich sowohl durch Massnahmen, die der Förderung des Bankengewerbes selber dienen, als auch durch solche, die eine Unterstützung anderer Wirtschaftssektoren anvisieren (z.B. günstige Kreditbedingungen für die Exportindustrie). Förderungsmassnahmen sind zwar nach herrschender Lehre und Praxis (sofern sie keinen Zwangscharakter haben) mit der HGF vereinbar[334]. Trotzdem setzen sie Daten, welche faktisch die private Erwerbstätigkeit tangieren und mithin zu einer Änderung der Wettbewerbsbedingungen führen können[335]. Sie sind deshalb wettbewerbspolitisch keineswegs so unproblematisch wie vielfach angenommen wird.

332 Marti H., HGF, S. 177.

333 Als Unterstützungsmassnahmen des Bundes kommen namentlich Subventionen, Sanierungen, Staatsaufträge aber auch die Vermittlung von Geschäften in Betracht.

334 Ruck E., Schweizerisches Staatsrecht, 3. Auflage, Zürich 1931, S. 110; Gygi F., Wirtschaftsverfassung, S. 269.

335 Vgl. Marti H., Wirtschaftsfreiheit, S. 144 f.; Allemann H., Handels- und Gewerbefreiheit, S. 3 f.

5.2.2. Belastungsgrenzen bei landwirtschaftlichen Grundstücken

Landwirtschaftliche Liegenschaften, die dem Bundesgesetz über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen unterstellt sind, können unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen, nur bis zur Höhe des nach dem Gesetz ermittelten Schätzwertes mit Grundlasten und Pfandrechten belastet werden (Art. 84 ESchG)[336]. Dieser Schätzwert ergibt sich aus dem Ertragswert, der mit einem Zuschlag von höchstens 25% versehen wird. In Art. 39 ESchG wird der Grundbuchverwalter angewiesen, Anmeldungen von Pfandrechten zur Eintragung auf einem Grundstück, das dem Gesetz unterstellt und geschätzt worden ist, abzuweisen, wenn sie den Bestimmungen über die Belastungsgrenze widersprechen. Die Belastungsgrenze bezieht sich nicht nur auf entschuldete Liegenschaften; sie gilt allgemein für alle landwirtschaftlichen Grundstücke[337]. Wird ein Pfandrecht zur Eintragung auf ein Grundstück angemeldet, das dem Entschuldungsgesetz noch nicht unterstellt worden ist, so wird, wenn der Grundbuchverwalter die Anwendbarkeit des Gesetzes als gegeben erachtet oder Zweifel hegt, ein Unterstellungsverfahren eingeleitet. Der Grundbuchverwalter setzt dem Eigentümer eine Frist von 10 Tagen, innert welcher dieser den Unterstellungsentscheid bei der zuständigen kantonalen Behörde zu verlangen hat. Läuft die Frist ungenutzt ab oder wird von der zuständigen Behörde die Anwendung bejaht, eine Überschreitung der Belastung aber nicht bewilligt, so ist die Anmeldung abzuweisen (Art. 90 ESchG)[338].

Das Entschuldungsgesetz findet auf Liegenschaften Anwendung, die ausschliesslich oder vorwiegend landwirtschaftlich genutzt werden[339]. Ändern sich die entsprechenden Verhältnisse, so kann die Unterstellung aufgehoben werden (Art. 4 ESchG).

Die Belastungsgrenze ist ein Mittel zur Verhütung der landwirtschaftlichen Überschuldung. Sie soll die Kreditaufnahme erschweren. Die Vorschriften des Entschuldungsgesetzes sind als wirtschaftspolitische Massnahmen zu charakterisieren, die auf eine Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes abzielen[340] [341]. Sie lassen sich auf Art. 31bis Abs. 3 lit. b BV abstützen.

Die Belastungsgrenze bei landwirtschaftlichen Grundstücken zeigt, wie wirtschaftspolitische Massnahmen, die keineswegs auf die Banken ausgerichtet sind, auch Auswirkungen auf die Ausübung dieses Gewerbes zeitigen können. Einzelne Leistungen (hypothekarisch gesicherte Kredite) können einer Kundengruppe (Landwirte) nur in einem vom Gesetz bestimmten Umfang erbracht werden.

336 Für die Errichtung von Gülten besteht eine Belastungsgrenze gemäss Art. 848 Abs. 1 ZGB.

337 Vgl. Kaufmann O.K., Die landwirtschaftliche Entschuldung, Zürich 1947, S. 39; Rieppel F.W., Die Entschuldung der schweizerischen Landwirtschaft, Zürcher Diss. 1943, S. 184.

338 Grundpfandverschreibungen, die die Belastungsgrenze überschreiten, dürfen in den in Art. 89 ESchG besonders aufgezählten Fällen errichtet werden, wenn eine Zustimmung der zuständigen Behörde vorliegt.

339 Art. 1 Abs. 1 ESchG; Art. 1 Abs. 1–3 VO zum ESchG.

340 Vgl. Heinrich P., a.a.O., S. 343.

341 Höchstgrenzen für Grundpfandbelastungen bestanden in den Kantonen Obwalden und Appenzell-Innerrhoden bereits vor der eidgenössischen Regelung (Art. 146 OW EG zum ZGB; Art. 197 AI EG zum ZGB).

Die Banken können zwar auch den Landwirten über die Belastungsgrenze hinaus Kredite gewähren; diese zusätzlichen Kredite können jedoch nicht hypothekarisch gesichert werden[342 343]. Die in Frage stehenden Kundengruppen können zwar nach wie vor mit den nachgefragten Leistungen versorgt werden; das Risiko dieser Geschäfte kann jedoch nicht in gleichem Masse abgesichert werden. Die Banken werden deshalb aus Sicherheitsgründen den Leistungsumfang einschränken müssen.

Fraglich ist, ob landwirtschaftlich genutzte Liegenschaften, die Teil eines nichtlandwirtschaftlichen Ganzen sind (z.B. Landreserve eines Industriebetriebes) auch den Bestimmungen des Entschuldungsgesetzes unterstehen. Der Wortlaut des ESchG scheint dies zu bejahen, sollen doch sämtliche landwirtschaftlich genutzten Flächen erfasst werden. Es kann meines Erachtens aber nicht Sinn und Zweck eines Gesetzes sein, das der Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes dient, die Kreditbasis von Betrieben des sekundären und tertiären Sektors zu beschränken. Würden solche Landreserven dem ESchG unterstellt, so müssten die Grundeigentümer Landreserven nötigenfalls brach liegen lassen, woran sicher niemand ein Interesse hätte. Auch wenn solche Liegenschaften landwirtschaftlich genutzt werden, so ist diese Nutzung nicht als der überwiegende Zweck dieser Grundstücke zu betrachten; ihr Hauptzweck liegt vielmehr in der Sicherung der Expansionsmöglichkeiten, der Kapitalanlage etc.[344].

Neben den Belastungsgrenzen des Entschuldungsgesetzes kennt das ZGB *Belastungsgrenzen für Schuldbriefe und Gülte.* Diese sind polizeilicher Art und dienen in erster Linie der Sicherheit des Verkehrs mit solchen Wertpapieren. So werden denn auch folgerichtig nur für die verkehrsfähigen, in Wertpapieren verkörperten Grundpfandrechte Belastungsgrenzen vorgesehen, während die Grundpfandverschreibung an keine Grenzen gebunden ist[345]. Bei der Gült sind niedrige Belastungsgrenzen, die deutlich unter dem Verkehrswert liegen, angesichts der fehlenden persönlichen Haftung des Schuldners durchaus gerechtfertigt. Beim Schuldbrief hingegen ist eine solche eigentlich überflüssig, da neben dem Grundpfand der Schuldner mit seinem ganzen Vermögen persönlich haftet. Das ZGB enthält denn auch keine eigenen Belastungsgrenzen für Schuldbriefe; Art. 843 ZGB beinhaltet jedoch einen echten Vorbehalt zugunsten der Kantone: Das kantonale Recht kann eine amtliche Schätzung und eine Belastungsgrenze einführen. Davon haben verschiedene Kantone in unterschiedlicher Art und Weise Gebrauch gemacht[346]. Die Belastungsgrenzen

342 Vgl. Rieppel F.W., a.a.O., S. 181; Kaufmann O.K., landwirtschaftliche Entschuldung, S. 39.

343 Darlehen, zur Erweiterung oder zum Ausbau eines landwirtschaftlichen Betriebes, welche die Belastungsgrenze überschreiten, können lediglich dann durch ein Grundpfandrecht (Grundpfandverschreibung) gesichert werden, wenn sie von gemeinnützigen Kredit- und Hilfsinstituten gewährt werden und wenn die Zustimmung der kantonalen Behörde vorliegt (Art. 86 Abs. 1 lit. b ESchG, Art. 27 VO zum ESchG).

344 Ähnlich: Botschaft, BBl 1936 II, S. 232.

345 Vgl. aber Art. 32 Abs. 2 SchlT zum ZGB.

346 Die amtliche Schätzung kann fakultativ oder obligatorisch sein. Mit dem Obligatorium wiederum kann eine Belastungsgrenze verbunden werden. Es ist aber auch denkbar, dass lediglich das Schätzverfahren obligatorisch vorgeschrieben wird, ohne dass eine Belastungsgrenze vorgesehen ist (vgl. Leemann H., Kommentar, S. 951).

der Gült und des Schuldbriefes schränken allerdings den Handlungsspielraum der Banken im Aktivgeschäft kaum ein, da die Kredite nach wie vor durch Grundpfandverschreibungen gesichert werden können.

5.2.3. Preisvorschriften

Unser Land weist zwar zur Zeit die tiefste Inflationsrate auf. Trotzdem kommt der Teuerungsbekämpfung nach wie vor ein bedeutender Stellenwert im wirtschaftspolitischen Zielsystem zu. Das hat vor allem zwei Gründe: Zum einen können binnenwirtschaftliche Kostensteigerungen und die Preisentwicklung auf den internationalen Rohstoffmärkten jederzeit zu neuen Preisschüben führen; zum andern stellt die tiefe Inflationsrate (wegen den für die Exportindustrie ungünstigen Wechselkursen) ein Hauptvorteil der Schweiz im Konkurrenzkampf auf ausländischen Märkten dar. Eines der Instrumente, mit dem das Inflationsproblem unter Kontrolle gebracht werden soll, ist die Preisüberwachung. Sie stützt sich auf den heute (noch) geltenden BB über die Preisüberwachung, der bis Ende 1978 befristet ist.

Die Wirkung der extra-konstitutionellen Preisbeschlüsse[347] auf die Teuerungsentwicklung ist zwar nicht zu beziffern; es muss jedoch festgestellt werden, dass der Preisüberwachung nicht nur eine psychologische Bedeutung zukommt. Die Interventionsmöglichkeiten haben die Unternehmen veranlasst, ihren Preisdispositionen eine gewisse Zurückhaltung zugrunde zu legen und von einer Überwälzung jeder Kostensteigerung auf die Konsumenten abzusehen. Zudem konnte durch die fortlaufende Orientierung der Öffentlichkeit das Preis- und Qualitätsbewusstsein der Bevölkerung gefördert und der Preisvergleich angeregt werden[348]. Andererseits ist zu beachten, dass dieser Eingriff in die freie Wettbewerbstätigkeit nicht nur unter dem Blickwinkel der Verfassungsmässigkeit bedenklich ist. Er beinhaltet auch die Gefahr, dass nur eine Symptomtherapie betrieben und die Teuerungsentwicklung bloss zeitlich hinausgeschoben wird. Die Bestimmungen des heute (noch) geltenden Preisüberwachungsbeschlusses und der entsprechenden Verordnung des Bundesrates ermächtigen den Preisüberwacher (neben der eigentlichen Überwachung der Preise von Waren und Dienstleistungen), ungerechtfertigt erhöhte Preise sowie un-

347 Bundesbeschluss betreffend Überwachung der Preise, Löhne und Gewinne vom 20. Dezember 1972; Bundesbeschluss über die Preisüberwachung vom 19. Dezember 1975.

348 Botschaft, BBl 1972 II, S. 1571; Botschaft, BBl 1975 II, S. 1606. Der Bundesrat kann von seiner Befugnis, ungerechtfertigt erhöhte Preise herabzusetzen, allerdings nur Gebrauch machen, wenn die Voraussetzungen einer anhaltend starken Teuerung oder einer ausserordentlichen Preisentwicklung mit erheblichen Nachteilen für die Wirtschaft gegeben sind. Die Reduzierung von Preisen, die wegen den sich ändernden Marktverhältnissen nicht mehr zu rechtfertigen sind, setzt eine anhaltend starke Teuerung voraus.

gerechtfertigte Preise, die in missbräuchlicher Ausnützung der Marktlage festgesetzt oder beibehalten werden, herabzusetzen[349]. Der Preisüberwachungsbeschluss enthält die Möglichkeit, den Geltungsbereich dieser besonderen Massnahmen einzugrenzen, wenn die Teuerungs- und Wirtschaftsentwicklung dies rechtfertigt. So erstrekken sich denn diese Eingriffe heute nur noch auf bestimmte Sachgebiete und Wirtschaftszweige; unter anderem auch auf das Bankwesen[350].

Durch die *Verhinderung ungerechtfertigter Preiserhöhungen* wird die Möglichkeit von Preismanipulationen stark eingeschränkt. Die Preisbildung wird nicht mehr dem Markt überlassen, sondern durch staatliche Eingriffe beeinflusst. Die Preisgestaltung kann nur noch bedingt auf die Nachfrage der potentiellen Absatzpartner ausgerichtet werden; Preisänderungen, durch welche die Elastizitätsverhältnisse besser ausgenutzt werden sollen, sind also nur dann möglich, wenn versucht wird, durch Preissenkungen die Absatzmenge zu erhöhen. Die Vorschriften des Preisüberwachungsbeschlusses beziehen sich indessen nicht auf alle Bankleistungen. Betroffen werden lediglich die Aktivgeschäfte und die indifferenten Geschäfte, während die Preisbildung bei den Passivgeschäften grundsätzlich dem Markt überlassen bleibt. Ungerechtfertigt erhöhte Preise, also Preise die, unter Würdigung volks- und betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte (Kosten, Risiko, Marktsituation), der Prüfung nicht standhalten, werden herabgesetzt. Zudem kann der Beauftragte für Preisüberwachung in einem solchen Fall anordnen, dass künftige Preiserhöhungen der Melde- und Begründungspflicht unterstehen[351]. Die Herabsetzung ungerechtfertigt erhöhter Preise zielt primär auf die autonomen Preiserhöhungen der Einzelinstitute ab, denn die durch Bankkartelle und ähnliche Organisationen erwirkten Preiserhöhungen sind ohnehin melde- und begründungspflichtig. Kartelle und ähnliche Organisationen dürfen Preiserhöhungen weder bekanntgeben noch anwenden, solange sie von der Preisüberwachungsstelle nicht überprüft und genehmigt worden sind. Diese kann ungerechtfertigte Preiserhöhungen, also Erhöhungen, die nicht ausreichend begründet werden können, untersagen[352]. Unter diese Bestimmungen fallen nicht nur Preisabsprachen im Rahmen der nationalen und regionalen Verbände, sondern auch verbindliche und unverbindliche informelle Vereinbarungen durch ad-hoc-Kartelle ausserhalb der Bankenorganisationen. Nicht melde- und bewilligungspflichtig sind hingegen Preisanpassungen an einen Marktführer (obwohl ein solches stillschweigend gleichgerichtetes Verhalten als kartellähnliche Organisation im Sinne von Art. 3 KG gilt). Denn Art. 4 der VO zum Preisüberwachungsbeschluss greift nur ein, wenn Preisvorschriften erlassen oder Richtpreise und Preisempfehlungen festgelegt werden. Dies ist aber bei einer Preisführerschaft gerade nicht der Fall.

349 Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Preisüberwachungsbeschluss; Art. 3 Abs. 1, Art. 5 VO über die Preisüberwachung vom 19. Dezember 1975.

350 Art. 5 Preisüberwachungsbeschluss; Botschaft, BBl 1975 II, S. 1615.

351 Ebenso nach der Herabsetzung ungerechtfertigter Preise (Art. 4 Abs. 2 VO über die Preisüberwachung).

352 Art. 3 Abs. 2 Preisüberwachungsbeschluss; Art. 4 Abs. 1, 3 VO zum Preisüberwachungsbeschluss.

Die in der Natur der Bankleistungen liegende Tendenz zur Leistungskoppelung macht es schwierig, eine allfällige Preiserhöhung eines Leistungsbündels den einzelnen Komponenten zuzurechnen. Die Zuordnung der Preissteigerung auf die einzelnen Leistungsteile ist aber letztlich entscheidend für die Beurteilung, ob eine Preiserhöhung als gerechtfertigt erscheint oder nicht. Die Preiserhöhung eines Leistungsbündels kann auf eine Preissteigerung einer oder mehrerer Leistungskomponenten zurückzuführen sein; sie kann aber auch dadurch verursacht werden, dass für eine bisher unentgeltlich erbrachte Leistung, die zu Verbilligung des Angebot beigetragen hat, ein Entgelt verrechnet wird. Die Berechnung eines Entgelts für eine bisherige Gratisleistung widerspricht den Bestimmungen des Preisüberwachungsbeschlusses nicht und darf, wenn der Preis in einem angemessenen Verhältnis zur Leistung steht, nicht als ungerechtfertigt unterbunden werden.

Der Preisüberwacher hat im Bankgewerbe lediglich auf die *Hypothekarzinse* Einfluss genommen und zwar ausschliesslich auf die Zinssätze für Althypotheken. Ausschlaggebend für die staatliche Einflussnahme auf das Hypothekargeschäft ist die Rückwirkung einer Zinssatzerhöhung auf die Teuerungsrate. Eine Erhöhung der Hypothekarzinse beeinflusst, wegen der hohen hypothekarischen Belastung der schweizerischen Grundstücke, in starkem Masse die Mietzinse, die sich ihrerseits auf den Index der Konsumentenpreise auswirken[353]. Eine künstliche Tiefhaltung der Hypothekarzinse bedingt eine Anpassung der Passivsätze. Dies kann aber zu einem Abfluss erheblicher Mittel in attraktivere Anlagemöglichkeiten führen. Dadurch werden den Banken Mittel entzogen; eine Finanzierung der Hypothekarkredite mit konformen Mitteln wird in Frage gestellt. Eine künstliche Tiefhaltung der Hypothekarsätze kann schliesslich (wenn die Sätze unter der Teuerungsrate liegen) eine starke Nachfrage nach Hypothekarkrediten auslösen, die nicht mehr befriedigt werden kann und daher zu Marktverzerrungen führt.

Die Preise können nicht nur durch Erhöhungen ein ungerechtfertigtes Niveau erreichen, vielmehr ist es durchaus denkbar, dass sich die Marktverhältnisse auf der Beschaffungsseite (Rohstoffpreise, Wechselkurse) so entwickeln, dass das bestehende Preisniveau als unangemessen erscheint. Die Bestimmungen über die Herabsetzung *ungerechtfertigter Preise* stellen demnach eine notwendige Ergänzung der Vorschriften über die Herabsetzung ungerechtfertigter Preiserhöhungen dar, die den effektiven Wirtschaftsverhältnissen gerecht wird[354]. Diese Bestimmung des Preisüberwachungsbeschlusses ist zwar primär auf die Weitergabe von wechselkursbedingten Importverbilligungen an die nachgelagerten Handelsstufen und die Konsumenten ausgerichtet; sie erlaubt aber eine Anpassung sämtlicher Preise an neue Kostenverhältnisse. Voraussetzung für eine solche Preisherabsetzung ist eine missbräuchliche Ausnützung der Marktsituation. So besteht aufgrund dieser Norm die Mög-

353 Dazu: Zumstein/Gertsch/Hochreuter, Probleme der Preis-, Lohn- und Gewinnüberwachung, WuR 1975, S. 39.

354 Die Möglichkeit der Herabsetzung ungerechtfertigter Preise fehlte im Preisbeschluss von 1972; sie wurde erstmals im Preisüberwachungsbeschluss vom 19. Dezember 1975 eingeführt.

lichkeit, im Bankengewerbe eine Herabsetzung der Aktivsätze zu verlangen, wenn sich die Passivsätze (aufgrund der Marktverhältnisse) entsprechend ermässigt und zu einer Verbreiterung der Zinsmarge geführt haben.

Der Bundesrat wird im Preisüberwachungsbeschluss ermächtigt, anzuordnen, dass die Detailpreise für Waren anzuschreiben und die Preise von Dienstleistungen in der tatsächlich zu bezahlenden Höhe und in geeigneter Form bekanntzugeben sind. Dadurch soll erreicht werden, dass die Markttransparenz erhöht und das Preisbewusstsein der Konsumenten gefördert wird. Dem gleichen Zweck dient die Bestimmung die vorsieht, dass die Angabe irreführender Preise in der Werbung untersagt werden kann. Bisher hat sich der Bundesrat darauf beschränkt, die Anschreibepflicht für Waren einzuführen, wovon nur wenige Bankleistungen betroffen sind (z.B. Edelmetall)[355]. Die Preisanschreibepflicht leistet einen unschätzbaren Beitrag zur Erhöhung der Markttransparenz. Deshalb soll sie nach dem Auslaufen des Preisbeschlusses ins ordentliche Recht übernommen werden[356]. Es ist vorgesehen, das UWG durch einen entsprechenden Abschnitt zu ergänzen. Art. 20a UWG bestimmt, dass bei Waren, die dem Letztverbraucher zum Kauf angeboten werden jeweils die tatsächlich zu bezahlenden Preise bekanntzugeben seien. Das Gleiche gilt bei Dienstleistungen in den vom Bundesrat zu bezeichnenden Sachgebieten und Wirtschaftszweigen. Der Bundesrat ist ferner befugt, Art und Umfang der Preisbekanntgabe (auch in der Werbung) festzulegen.

Würde der Bundesrat in vollem Umfang von seiner Kompetenz Gebrauch machen, so würde das für die Banken bedeuten, dass sie die Preise für alle ihre Dienstleistungen bekanntgeben müssten, und zwar in der den Kunden interessierenden Gesamthöhe. Die Beschränkung auf Teilpreise (Zinsen, Gebühren) müsste als irreführend untersagt werden, denn der Kunde kann sich bei der Bekanntgabe eines Teilpreises (auch wenn diesem im Rahmen der Gesamtbelastung die grösste Bedeutung zukommt) keine genaue Vorstellung über die effektive Preishöhe machen. Die Bekanntgabe der Preise müsste also jeweils sämtliche Teilpreise berücksichtigen. Dieser Forderung könnte auf mehrere Arten entsprochen werden: nämlich dadurch, dass die Preisbezugsbasis und der Preiszähler aller Preiskomponenten bekanntgegeben würde, so dass der Kunde in die Lage versetzt wird, den Preis für den ihn interessierenden Leistungsumfang selber zu ermitteln; aber auch durch die Publikation von Preisbeispielen (Tabellen), aus denen die Gesamtbelastung ersichtlich ist.

Um die Preisunsicherheit zu beseitigen, könnte meines Erachtens vorgeschrieben werden, dass den Kunden am Verkaufspunkt die Höhe und Zusammensetzung des Gesamtpreises so bekanntgegeben wird, dass eine Kontaktaufnahme mit Verkaufspersonen nicht notwendig ist. Damit wäre jeder potentielle Absatzpartner in der Lage, sich unverbindlich über die Preishöhe zu informieren; den Banken bliebe eine gewisse Wahlmöglichkeit erhalten (Prospekte aus denen die Preise in der

355 SR 942.211.3.
356 Botschaft, BBl 1978, S. 165 ff.

erwähnten Form ersichtlich wären, Plakate, Verkaufshilfen mit graphischen Darstellungen). Eine Bestimmung, welche die Bekanntgabe der Preise sämtlicher Bankleistungen in der Schalterhalle durch Plakatanschlag vorschreiben würde, ist hingegen abzulehnen, da der schutzbedürftige unerfahrene Absatzpartner durch eine solche Informationsflut eher verwirrt würde. Allenfalls könnte verlangt werden, dass die Preise für die wichtigsten, durch Massenkunden nachgefragten Leistungen anzuschlagen wären (Sparheftzinse, Gehaltskonto). Eine weitergehende Einflussnahme auf Inhalt und Einsatz der Werbemittel ist entschieden abzulehnen. Insbesondere wäre es unverhältnismässig, wenn bei Dienstleistungen Preisangaben in der Inseratwerbung zwingend vorgeschrieben würden. Hingegen ist es richtig, wenn verlangt wird, dass die Preiswerbung nicht irreführend sein darf. Lediglich Banken, die ihre Leistungen nicht über die Bankschalter absetzen, sollten allenfalls verpflichtet werden, ihre Preise durch andere Werbemittel bekanntzugeben.

5.3. Staatliche Monopole

5.3.1. Allgemeines

Der Staat kann bestimmte Tätigkeiten von der HGF ausnehmen und für sich beanspruchen, also zu einer staatlichen Angelgenheit werden lassen. Einer solchen Suspendierung der freien Erwerbstätigkeit in einem Wirtschaftszweig können fiskalische und polizeiliche Motive zugrunde liegen; sie kann aber auch aus andern Gründen des öffentlichen Wohls erfolgen[357]. Die Errichtung eines staatlichen Monopols stellt zwangsläufig (unabhängig vom angestrebten Zweck) einen Eingriff in die freie Konkurrenz und damit in den Ablauf der Güterverteilung dar; sie widerspricht daher dem marktwirtschaftlichen Ordnungsprinzip. Im allgemeinen wird zwischen rechtlichen (unmittelbar-rechtlichen und mittelbar-rechtlichen) und faktischen Monopolen unterschieden[358].

Bei einem *unmittelbar-rechtlichen Monopol* wird dem Staat (durch einen Rechtssatz) ein bestimmter Tätigkeitsbereich ausschliesslich übertragen und damit die private Erwerbstätigkeit auf diesem Gebiet ausgeschlossen. Das Gemeinwesen kann dieses Monopol selbst nutzen; es hat aber auch die Möglichkeit, die Ausnützung durch eine Monopolkonzession auf Private zu übertragen. An die Erteilung der Konzession können Auflagen und Bedingungen geknüpft werden, die der Staat frei bestimmen kann. Er ist dabei nicht an den Grundsatz der HGF gebunden, da die Ausübung der Monopoltätigkeit keine private Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 31 BV darstellt[359]. Allerdings dürfen die Auflagen dem Grundsatz der Rechtsgleich-

357 Marti H., HGF, S. 211 f.; Spahn M., a.a.O., S. 36 f.
358 Fleiner F./Giacometti Z., a.a.O., S. 302; Marti H., HGF, S. 209 ff.; Spahn M., a.a.O., S. 41 ff.; Schwarzenbach R., a.a.O., S. 157.
359 Marti H., HGF, S. 210.

heit nicht widersprechen. Wird die Ausübung einer Tätigkeit aus polizeilichen Gründen monopolisiert, weil den von dieser Betätigung ausgehenden Gefahren nicht anders begegnet werden kann, so darf diese Tätigkeit nicht wieder Privatpersonen freigegeben werden[360]. Ein Konzessionssystem ist mit einem Polizeimonopol unvereinbar.

Ein *mittelbar-rechtliches (unechtes) Monopol* liegt dann vor, wenn zwar ein Benutzungszwang für eine öffentliche Anstalt (z.B. SUVA) vorliegt, die analoge Tätigkeit den Privaten jedoch nicht untersagt wird; von einem *faktischen Monopol* spricht man schliesslich dann, wenn eine tatsächliche Unmöglichkeit besteht, die gleiche Tätigkeit auszuüben wie das Gemeinwesen. Ein faktisches Monopol kann entstehen, wenn das Gemeinwesen den Privaten ein Sondernutzungsrecht an einer öffentlichen Sache verweigert[361]. Das Verfügungsrecht des Staates über die öffentlichen Sachen, auf die der Private nur im Rahmen des Gemeingebrauchs Anspruch hat, kann so dazu führen, dass die freie Erwerbstätigkeit in bestimmten Bereichen ausgeschlossen wird. Das faktische Monopol ist jedoch nicht auf diese eine Möglichkeit beschränkt. Es kann vielmehr auch dann entstehen, wenn der Staat bestimmte Leistungen zu so günstigen Bedingungen anbietet, dass das Publikum nur noch die vom Staat angebotenen Leistungen nachfragt, so dass die privaten Konkurrenten vom Markt verdrängt werden[362].

Die Errichtung von Monopolen ist grundsätzlich nur zulässig, wenn sie sich auf einen allgemeinen oder speziellen Verfassungsvorbehalt stützen kann. Da der Bund nur diejenigen Aufgaben erfüllen darf, die ihm durch die BV ausdrücklich übertragen werden, beruhen die Bundesmonopole folgerichtig ausnahmslos auf einer speziellen Verfassungsbestimmung (z.B. Banknotenmonopol, Münzregal). Die kantonalen Monopole stehen hingegen unter allgemeinen Vorbehalten: Kantonale Polizeimonopole fallen unter den Vorbehalt der kantonalen Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerbe; die übrigen kantonalen Monopole stehen unter dem Vorbehalt der kantonalen Regale.

Damit stellt sich die Frage, ob die Kantone aufgrund des Vorbehalts des Art. 31 Abs. 2 BV neue nicht-polizeiliche Monopole errichten dürfen. Der Wortlaut der BV sowie die Gesetzesmaterialien scheinen dies zu bejahen[363]. Daraus ergäbe sich jedoch die Gefahr kantonaler Verstaatlichungen, die letztlich zu einer völligen Beseitigung der HGF führen könnte. Es kann nicht der Sinn und Zweck des Art. 31 Abs. 2 BV sein, die HGF durch kantonale Monopole völlig aushöhlen zu lassen[364]. Die Praxis lässt denn auch neue kantonale Monopole nur zu, wenn sie im öffentlichen Interesse liegen, dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen und

360 Imboden M., a.a.O., II, S. 539; Marti H., HGF, S. 230; Burkhardt W., Kommentar, S. 232; Saladin P., a.a.O., S. 258.
361 Spahn M., a.a.O., S. 47 mit Verweisen; BGE 60 I 277.
362 Marti H., HGF, S. 211.
363 Sten.Bull, NR 1945, S. 517; so auch Fleiner F./Giacometti Z., a.a.O., S. 302.
364 Marti H., HGF, S. 227; Spahn M., a.a.O., S. 58.

keine fiskalischen Zwecke verfolgen[365] [366]. Diese Voraussetzungen gelten auch für die Gemeindemonopole; die Gemeinden dürfen insbesondere nur in dem Umfang Monopole schaffen, als sie von der kantonalen Verfassung und der darauf beruhenden Gesetzgebung dazu ermächtigt werden[367]. Die Errichtung faktischer Monopole ist nicht an die genannten Voraussetzungen gebunden, soweit unter diesen Monopolen nur diejenigen verstanden werden, die aus der Verweigerung der Sondernutzungskonzession entstehen[368]. Hingegen sind andere faktische Monopole von den gleichen Voraussetzungen abhängig wie die rechtlichen; sie dürfen nur errichtet werden, wenn sie auch als rechtliche mit der HGF vereinbar wären[369].

Auf Bundesebene existieren zwei Monopole, welche die Aktivitäten der Banken direkt begrenzen: das Banknotenmonopol (Art. 39 BV) und das Münzregal (Art. 38 BV)[370]. Diese beiden Monopole tangieren jedoch das Bankmarketing kaum nennenswert. Der Einsatz der Absatzmittel wird jedoch durch andere Monopole (kantonale, kommunale und solche des Bundes) massgeblich beeinflusst.

Art. 39 Abs. 1 BV untersagt den Privaten die Ausgabe von Banknoten und anderen gleichartigen Geldzeichen[371]. Die Banken dürfen somit keine unverzinsliche, unbefristete Wertpapiere in Verkehr setzen, die das gesetzliche Zahlungsmittel ersetzen. Allerdings genügt nach HEINRICH die blosse Eignung als Zahlungsmittel nicht; ein Wertpapier muss vielmehr wirklich Geldfunktion besitzen, d.h. vom Verkehr als Zahlungsmittel akzeptiert werden, um unter das Banknotenmonopol zu fallen[372]. Dieser Meinung ist zuzustimmen. Durch Art. 39 BV soll nur der Geldumlauf geregelt, nicht aber die Ausgabe von Wertpapieren untersagt werden, die nur potentiell geeignet sind, als Zahlungsmittel zu dienen wie beispielsweise ein Eigenwechsel der Bank oder einer Inhaberanweisung.

5.3.2. Das Radio- und Fernsehmonopol

Der Bund nimmt, gestützt auf das Telegraphenmonopol, die Befugnis in Anspruch, den Radio- und TV-Betrieben Konzessionen für die Benützung der elektrischen

365 BGE 95 I 150; 91 I 186; 96 I 207; 100 Ia 450; Marti H., HGF, S. 230 f.; Spahn M., a.a.O., S. 58; Favre A., a.a.O., S. 371; a.M.: Fleiner F./Giacometti Z., a.a.O., S. 382.

366 Zudem darf die Errichtung von Monopolen nicht der kantonalen Verfassung widersprechen.

367 Marti H., HGF, S. 232; vgl. dazu auch: Spahn M., a.a.O., S. 90 ff., insb. S. 94.

368 Spahn M., a.a.O., S. 47, 62; BGE 60 I 277; in BGE 100 Ia 450 offengelassen.

369 Marti H., HGF, S. 211, 229.

370 Vgl. dazu: Burkhardt W., Kommentar, S. 332 ff.; Marti H., HGF, S. 219 f.; Heinrich P., a.a.O., S. 197 ff., 211 f.

371 Banknoten sind unverzinsliche, unbefristete, auf einen bestimmten Betrag lautende Zahlungsversprechen an den Inhaber mit gesetzlich vorgeschriebener Deckung (Burkhardt W., Kommentar, S. 332).

372 Heinrich P., a.a.O., S. 199; a.M. offenbar Burkhardt W. (Kommentar, S. 332), der von der Eignung spricht.

und radioelektrischen Einrichtungen der PTT zu erteilen. In der Tat kann nach herrschender Auffassung die Radio- und Fernsehhoheit des Bundes durch Auslegung aus dem durch Art. 36 BV begründeten Telegraphenmonopol abgeleitet werden[373]. Die Bundeshoheit beschränkt sich jedoch auf den technischen Bereich. Nur dieser Sektor kann nach dem geltenden Verfassungsrecht Gegenstand des Staatsmonopols sein. Die Ausnutzung des Monopols hat der Bundesrat durch Konzession der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) übertragen[374]. Die Konzession der SRG vom 27. Oktober 1964 enthält nun aber Richtlinien, wie die Programme zu gestalten sind (Art. 13 ff.). Wenn der Bund also dennoch in die Programmgestaltung eingegriffen hat, so hat er damit seine verfassungsmässige Kompetenz überschritten; die Konzession der SRG beruht, soweit sie den Programmdienst betrifft, auf keiner ausreichenden verfassungsmässigen Grundlage[375]. Fehlt aber die verfassungsmässige Grundlage für den Programmdienst, so besteht auch keine tragfähige Basis für die Reglementierung der Werbung in diesen Medien, denn dieser Problemkreis ist der Programmgestaltung zuzurechnen[376]. Trotzdem muss sich eine konzessionierte Gesellschaft (in unserem Fall die SRG) an die entsprechenden Vorschriften halten, will sie ihre Konzession nicht verlieren.

Nach der heute geltenden Konzession ist die Verbreitung von Werbebotschaften über das Radio ausgeschlossen. Art. 14 Abs. 1 der Konzession erklärt jede bezahlte direkte oder indirekte Werbung als unzulässig[377]. Dieses *Verbot der Radiowerbung* dient in erster Linie dem Schutz der Presse. In der Tat befürchten die Zeitungsverleger, sie könnten durch die Einführung der Radiowerbung Inseratkunden verlieren und damit ihre Existenzgrundlage einbüssen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass sich diese beiden Medien nicht unbedingt an das gleiche Zielpublikum richten. Zudem haben sie einen andern Wirkungsbereich. Die Radiowerbung hat zwar eine sehr grosse Reichweite; sie kann Zielgruppen erreichen, die über andere Medien nur schwerlich angesprochen werden können. Dem Einsatz der Radiowerbung sind aber Grenzen gesetzt, da dieses Werbemittel nur in beschränktem Masse gezielt

373 Vgl. dazu Keller A./Larese W., Radio- und Fernsehfreiheit? Ein Beitrag zur Diskussion über den neuen Art. 36quater BV, Zürich 1973, S. 3 f.; Müller H., Rechtsfragen der Werbung im Fernsehen, Zürcher Diss., Winterthur 1964, S. 31; Gygi F., Die Grundlagen der verfassungsmässigen Ordnung von Radio und Fernsehen, WuR 1973, S. 17 ff.; Riklin F., Die Programmfreiheit bei Radio und Fernsehen, Fribourg 1973, S. 12; Saladin P.V., a.a.O., S. 325; Marti H., HGF, S. 223.

374 Botschaft, BBl 1964 II, S. 1155 ff.

375 Durch den am 26. September 1976 von Volk und Ständen verworfenen Radio- und Fernsehartikel sollte diese unbefriedigende Situation beseitigt und die rechtliche Grundlage für den Programmdienst geschaffen werden. Art. 36quater BV hätte die ausdrückliche Kompetenz enthalten, auch auf dem Gebiet des Programmdienstes zu legiferieren. Damit wäre auch die rechtliche Grundlage für das Werbefernsehen geschaffen und die bisherige Regelung legalisiert worden.

376 Vgl. Saladin P.V., a.a.O., S. 326; Müller H., a.a.O., S. 36 ff. jedoch mit unterschiedlicher Begründung.

377 Durch diese Bestimmung soll jede Radiowerbung (auch die unbezahlte) ausgeschlossen werden, wenn dies aus dem Wortlaut auch nicht klar hervorgeht (vgl. Saladin P.V., a.a.O., S. 328).

gestreut werden kann[378] und ausserdem allein auf die akkustische Wirkung angewiesen ist. Im Gegensatz zum Inserat kann sie weder Dauerwirkung entfalten noch detaillierte Informationen liefern. Sie eignet sich deshalb in erster Linie für problemlose Güter des Massenbedarfs und zur Verstärkung anderer Werbeimpulse. Aus diesen Hinweisen geht hervor, dass der Radiowerbung sicher keine zentrale Stellung im "Media Mix" der Banken zukommen kann. Das heisst aber nicht, dass sie keine Bedeutung besitzt, eignet sie sich doch im Massengeschäft zur Abdeckung von Zielgruppen, die über Zeitungen und Zeitschriften nicht erreicht werden können und zur Ergänzung der übrigen Werbemittel (Erinnerungswirkung). Wird sie untersagt, kann sehr wohl eine Lücke entstehen, die unter Umständen andersweitig nicht geschlossen werden kann.

Die Konzession der SRG vom 27. Oktober 1964 lässt eine begrenzte direkte *Fernsehwerbung* gemäss den Weisungen der Konzessionsbehörden zu. Hingegen bleibt jede indirekte Werbung unzulässig[379] [380]. Begrenzungen der Werbung ergeben sich aus den Weisungen des Bundesrates über das Werbefernsehen. Die Weisungen richten sich zwar grundsätzlich an die SRG, der das alleinige Recht zusteht, Fernsehwerbung zu betreiben; sie treffen aber indirekt die werbenden Unternehmungen. Einige dieser Beschränkungen der Werbetätigkeit sollen im folgen stichwortartig erwähnt werden. Eine ausführliche Darstellung der durch das Fernsehmonopol begründeten Schranken der Werbung findet sich bei SALADIN[381].

Zeitliche Beschränkungen ergeben sich primär aus der nur in begrenztem Umfang zur Verfügung stehenden Zeit, in welcher die Werbesendungen ausgestrahlt werden dürfen[382]. Diese *zeitlichen Limiten* sind zweierlei Art. Einmal stehen den Werbetreibenden nur eine begrenzte Anzahl Werbeminuten zur Verfügung; zum andern muss die Ausstrahlung der Werbebotschaft innerhalb der dafür vorgesehenen Werbeblöcke erfolgen. Es ist klar, dass die Sendezeit für Werbeausstrahlungen in einem vernünftigen Verhältnis zum übrigen Programm stehen muss, wenn das Fernsehen seine Hauptfunktion (Information, Unterhaltung) erfüllen soll. Die Werbezeit muss immerhin nach objektiven Gesichtspunkten unter die Interessenten aufgeteilt werden; die Werbetreibenden haben mit andern Worten Anspruch auf Gleichbehandlung[383].

Zulässig ist nur die *Wirtschaftswerbung*[384]. Entscheidend ist demnach, dass die Werbung einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, so dass an sich auch die Pflege der Public Relations zulässig wäre. Nun verlangt aber die Weisung des Bundesra-

378 Eine gezielte Streuung wäre einzig über die Wahl der Sendezeiten denkbar.
379 Art. 14 Abs. 2 der Konzession vom 27. Oktober 1964; Weisungen des Bundesrates Ziff. 3 lit. i.
380 Die Durchführung der Fernsehwerbung obliegt der privatrechtlich organisierten AG für das Werbefernsehen, einer Tochtergesellschaft der SRG.
381 Saladin P.V., a.a.O., S. 330 ff.; vgl. auch David L., a.a.O., S. 154 ff.
382 Ziff. 2 lit. c, f Weisungen des Bundesrates.
383 Ziff. 4 lit. b Abs. 2 Weisungen des Bundesrates; vgl. auch: Müller H., a.a.O., S. 50.
384 Ziff. 3 lit. a Weisungen des Bundesrates.

tes[385], dass für bestimmte Produkte und Dienstleistungen geworben wird[386]. Dadurch wird die Möglichkeit, Public Relations am Bildschirm zu betreiben stark eingeschränkt. Der Einsatz einer reinen Firmenwerbung entfällt[387] [388]. Davon wird die Bankenwerbung in besonderem Masse betroffen, da das Sortiment der Kreditinstitute vorwiegend aus Dienstleistungen besteht, die sich nicht ohne weiteres visualisieren lassen, weshalb im Bankengewerbe die Tendenz besteht, vorwiegend reine Firmenwerbung zu betreiben.

Die Bankenwerbung wird vor allem durch Ziff. 3 lit. d der Weisungen des Bundesrates betroffen, welche die *lokale Werbung* ausschliesst. Durch diese Bestimmung soll erreicht werden, dass im Fernsehen nur für Marktleistungen von nationalem Interesse geworben wird. Nun sind aber nur ganz wenige Banken (Grossbanken, Kleinkreditinstitute) auf dem gesamten nationalen Markt tätig; der Grossteil der Kreditinstitute beschränkt sich auf regionale und lokale Märkte. Steht der Zugang zur Fernsehwerbung nur einigen wenigen Instituten offen, so ist eine Wettbewerbsbenachteiligung der regional tätigen Banken auf den einzelnen Teilmärkten zu befürchten. Diese können auf den regionalen und lokalen Märkten keine entsprechenden Werbemittel einsetzen, um den Werbeimpulsen der überregional tätigen Institute zu begegnen[389]. Diese Benachteiligung ist besonders deshalb hoch zu veranschlagen, weil die TV-Werbung ihrer breiten Streuung und ihrer multisensualen Wirkung wegen grossen Erfolg verspricht. Die regional tätigen Institute haben lediglich die Möglichkeit, über ihre Dachverbände Fernsehwerbung zu betreiben (Regionalbankenverband, Kantonalbankenverband). Eine solche Gemeinschaftswerbung verspricht aber nicht in gleichem Masse Erfolg, da sie zu wenig auf die einzelnen Institute abgestimmt werden kann.

Die Benachteiligung der regionalen Institute wirkt sich indessen im Bankwesen in der Praxis nicht gravierend aus, weil die Mitglieder der Bankiervereinigung sich (aus Kostengründen) bereit erklärt haben, auf den individuellen Einsatz dieses Werbemittels gänzlich zu verzichten. Anstelle einer sich weitgehend neutralisierenden Werbung der Einzelinstitute, betreibt die Bankiervereinigung deshalb eine Gemeinschaftswerbung für das gesamte Bankengewerbe.

385 Ziff. 4 lit. b Abs. 3.

386 Ziff. 4 lit. b Abs. 3. Vgl. auch Ziff. 3 der allgemeinen Geschäftsbedingungen der AG für das Werbefernsehen.

387 Eine reine Firmenwerbung ist denkbar bei Einproduktunternehmen, bei denen der Hinweis auf den Geschäftsbereich genügt, um auf die Leistung hinzuweisen (z.B. ESSO).

388 Untersagt sind zudem: gegen die guten Sitten verstossende Werbesendungen; unwahre und irreführende oder unlauterem Wettbewerb gleichkommende Reklame: Preisvergleiche sowie die Reklame für bestimmte Produkte (alkoholische Getränke, Tabakwaren, Heilmittel). Ziff. 3 der Weisungen des Bundesrates; vgl. Saladin P., a.a.O., S. 331 ff.

389 Zur Möglichkeit der Schaffung konkurrierender regionaler oder lokaler Sendegesellschaften: Riklin F., a.a.O., S. 98 ff.

5.3.3. Das Plakatmonopol der Gemeinden

Das Ziel der Plakatwerbung ist es, die Aufmerksamkeit des Umworbenen auf die angebotene Marktleistung zu ziehen und Erinnerungswirkung zu entfalten. Die Plakate müssen, wenn sie erfolgreich sein sollen, aus ihrer Umgebung hervortreten, also auffällig gestaltet sein. Diese Forderung ergibt sich schon aus der Tatsache, dass die Plakate in der Regel nur einige Augenblicke auf die Zielperson einwirken können. Daneben müssen diese Werbemittel so eindringlich gestaltet werden, dass die entsprechenden Werbeimpulse der Konkurrenzunternehmen (die ja die gleichen Zwecke verfolgen) ihre Wirkung nicht neutralisieren. Damit kann der Einsatz der Plakatwerbung jedoch leicht zu einer Kollision mit andern Rechtsgütern führen. Am meisten bedroht sind die Verkehrssicherheit sowie das Orts- und Strassenbild[390]. Eine Gefährdung dieser Rechtsgüter kann schon allein durch die starke Häufung der Plakate herbeigeführt werden, ohne dass die einzelnen Anschläge an sich zu beanstanden wären[391]. Die Gemeinden haben deshalb ein Interesse daran, die Plakatwerbung auf ihrem Gebiet aus Gründen der Verkehrssicherheit und zum Schutz des Orts- und Landschaftsbildes auf bestimmte Plätze zu beschränken. Sie können zu diesem Zweck den Einsatz dieser Werbemittel auf Örtlichkeiten beschränken, die in kommunalem Eigentum stehen. Damit wird ein faktisches Monopol geschaffen, welches das Gemeinwesen selber nutzen oder durch Konzession auf eine oder mehrere Privatpersonen übertragen kann[392 393]. Die Plakatmonopole der Gemeinden sind in den meisten Fällen solche faktische Monopole, die im Eigentum an öffentlichen Sachen begründet sind. Wird der Anschlag von Plakaten auf dem öffentlichen Grund und Boden dem Gemeinwesen vorbehalten, so beruht das so entstehende Monopol nicht auf einem Rechtssatz, sondern auf der Verweigerung der Sondernutzungskonzession, welche für die Inanspruchnahme öffentlicher Sachen erforderlich wäre. Kommt diese Zuständigkeit auch in einem Rechtssatz zum Ausdruck, so wird damit lediglich die bestehende Situation des faktischen Monopols festgehalten, nicht aber ein rechtliches Monopol begründet[394]. Wird hingegen der Plakatanschlag den Privatpersonen generell verboten (also diesen eine bestimmte Tätigkeit direkt untersagt) und dem Gemeinwesen vorbehalten, so liegt

390 BGE 100 Ia 448; Hug R., Das Recht des Plakatanschlages, Zürcher Diss. 1970, S. 30 ff.; Räber A., Das Plakat im öffentlichen Recht, Luzern 1945, S. 49 ff.; David L., a.a.O., S. 170 ff.

391 BGE 60 I 272.

392 BGE 60 I 277; Saladin P.V., a.a.O., S. 341.

393 Die Plakatwerbung muss nicht unbedingt auf den öffentlichen Boden beschränkt werden; die Gemeinde kann sich durch Abschluss privatrechtlicher Verträge weitere Anschlagflächen sichern. Solche Plakatwände auf privatem Grund und Boden dürfen jedoch nach Auflösung der Verträge nicht durch die Privatpersonen weiter zur Veröffentlichung von Plakaten verwendet werden (BGE 60 I 276).

394 Vgl. Hug R., a.a.O., S. 71 f.; a.M. offenbar Räber A., a.a.O., S. 28.

ein rechtliches Monopol vor, denn hier beruht die Zuständigkeit der Gemeinde nicht bloss auf dem Recht an öffentlichen Sachen, sondern auf einem Rechtssatz[395 396].

Das Gemeinwesen muss mit einer solchen Monopolisierung der Plakatwerbung nicht nur polizeiliche Zwecke verfolgen; das Monopl kann auch aus andern Gründen des öffentlichen Wohls errichtet werden. Allerdings dürfen keine fiskalischen Interessen verfolgt werden. Die Eigentumsgarantie steht einer solchen Beschränkung der Plakatwerbung nicht entgegen. Denn sie gilt nicht unbeschränkt, sondern nur unter dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung; Eigentumsbeschränkungen sind zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und im öffentlichen Interesse liegen (BGE 98 Ia 664)[397].

Die Plakatwerbung hat nur dann Erfolg, wenn sie so eingesetzt wird, dass eine grosse Anzahl von Zielpersonen sie wahrnimmt. Am geeignetsten für den Plakatanschlag erscheinen Orte, an denen eine hohe Kontakthäufigkeit erzielt wird (wichtige Passantenströme) und solche, die eine längere Kontaktzeit versprechen (Bushaltestellen, Sportstadien). Wird die Plakatwerbung auf bestimmte Plätze beschränkt, so können die Anbieter, also auch die Banken, diese Werbemittel nicht mehr dort einsetzen, wo dies am günstigsten erscheint. Die Werbung muss sich vielmehr auf diejenigen Orte beschränken, die von der Gemeinde zu diesem Zweck ausgeschieden worden sind. Das Plakatmonopol betrifft, wie sein Name besagt, einzig den örtlichen Einsatz eines speziellen Werbemittels. Andere Medien (z.B. Lichtreklamen, Schaufensterwerbung) werden durch die Monopolisierung nicht betroffen. Fraglich ist indessen, ob Plakate die in Schaufenstern angeschlagen werden, unter das Gemeindemonopol fallen oder als Ausgestaltung des Schaufensters keinen Beschränkungen unterliegen. Dabei ist vorerst zu beachten, dass die Schaufensterwerbung grundsätzlich einen andern Wirkungsbereich hat als die Plakatwerbung. Sie dient primär der Präsentation von Waren und der Information über Dienstleistungen, während Plakate vor allem Aufmerksamkeit erregen wollen. Daneben wirkt sie in der Regel nicht auf Distanz, sondern spricht den Betrachter an. Schaufenster können aber so gestaltet werden, dass ihre Wirkung sich derjenigen der Plakate nähert. Dies insbesondere dann, wenn Plakate als Gestaltungselemente verwendet werden. Eine solche Verwendung von Plakaten in Schaufenstern kann ebenfalls zu einer zusätzlichen Belastung des Strassenverkehrs und zu einer Beeinträchtigung des Ortsbildes führen. Es wäre falsch, anzunehmen, dass an Orten, an denen Schaufenster zugelassen werden ein Schutzbedürfnis ohne weiteres ent-

395 BGE 101 Ia 450.

396 Eine unterschiedliche Regelung für Fremd- und Eigenreklamen, die verschiedene Kantone vorsehen, ist kaum zu rechtfertigen, weisen doch die beiden Plakattypen grundsätzlich die gleichen Charaktereigenschaften auf. Plakate, die auf eine auf der betreffenden Liegenschaft tätige Unternehmung hinweisen, können den Strassenverkehr ebenso gefährden und gleich ungünstige Auswirkungen auf das Ortsbild zeitigen, wie Anschläge, die der Fremdreklame dienen.

397 Bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, ist zudem volle Entschädigung zu leisten. Die Beschränkung des Plakatanschlages ist indessen kein Eingriff, der eine solche Entschädigung rechtfertigen würde.

fällt. Vielmehr muss bei der Beantwortung der Frage, ob Plakatanschläge in Schaufenstern sich mit dem Gemeindemonopol vertragen, auf die Intensität dieser "Plakatwerbung" abgestellt werden. So ist meines Erachtens zu unterscheiden, ob das Plakat lediglich ein gestalterisches Element einer Schaufensterausstattung ist, oder ob das Schaufenster praktisch als Plakatanschlag benutzt wird, so dass die übrigen Gestaltungselemente in den Hintergrund gedrängt werden. Im ersten Fall muss der Plakatanschlag toleriert werden, da die spezifische Werbewirkung des Schaufensters beibehalten wird und das Plakat lediglich der Verstärkung des Werbeimpulses dient. Im zweiten Fall hingegen wird die "Plakatwirkung" und damit die negative Auswirkung auf den Strassenverkehr und das Ortsbild so stark, dass sich eine unterschiedliche Behandlung dieser Plakate nicht mehr rechtfertigt. In einem solchen Vorgehen ist ein Umgehungsversuch zu sehen (der wie die übliche Plakatwerbung unter das Gemeindemonopol fällt), denn durch das Monopol sollen die negativen Auswirkungen aller Plakate erfasst werden. Eine Schaufensterwerbung darf also grundsätzlich dann als mit dem Plakatmonopol unverträglich untersagt werden, wenn der Plakatcharakter eindeutig dominiert[398].

5.3.4. Die Ausgabe von Pfandbriefen

Mit dem Pfandbrief wurde ein Wertpapier geschaffen, das dank seinen weitgehenden Sicherheiten[399] als erstklassiges, mündelsicheres Anlagepapier gilt und dem deshalb im Banksortiment eine bedeutende Stellung zukommt. Die Pfandbriefe können jedoch nicht durch die einzelnen Kreditinstitute ausgegeben werden. Das Recht zur Ausgabe von Pfandbriefen steht einzig den beiden im Pfandbriefgesetz vorgesehenen Anstalten zu: nämlich der Pfandbriefzentrale der schweizerischen Kantonalbanken und der Pfandbriefbank schweizerischer Hypothekarinstitute. Durch diese Zentralisierung der Pfandbriefausgabe wird ein Monopol geschaffen und die Leistungserstellung der Einzelinstitute begrenzt. Diese Beschränkung der Pfandbriefausgabe kann nicht als rechtliches Monopol charakterisiert werden; der Staat behält sich keine private Erwerbstätigkeit vor, deren Ausübung er durch Konzession den beiden Pfandbriefzentralen überträgt. Das Pfandbriefgesetz unterbindet jedoch eine individuelle Betätigung zugunsten einer gemeinsamen. Eine solche Beeinträchtigung der freien Wirtschaftstätigkeit kann sich praktisch wie ein rechtliches Monopol auswirken. Deshalb erscheint es gerechtfertigt, auch diese Beschränkung unter diesem Titel etwas näher darzustellen.

398 Am deutlichsten trifft das zu, wenn das Schaufenster lediglich mit Plakaten und zwar nur mit einem einzigen Typ ausgestaltet wird.

399 Die besonderen Sicherheiten des Pfandbriefs bestehen insbesondere: in der Pfandbriefdeckung; im gesetzlichen Pfandrecht der Pfandbriefinhaber an dieser Deckung; in der Darlehensdeckung; im Pfandrecht der Zentralen an der Darlehensdeckung (Registerpfandrecht); in den strengen zivil- und strafrechtlichen Haftungsbestimmungen; in der

Ein ausdrücklicher Verfassungsvorbehalt, der die Zentralisierung der Pfandbriefausgabe decken würde besteht nicht[400]. Ebensowenig kann die Beschränkung mit polizeilichen Gründen gerechtfertigt werden. Zwar dient die Zentralisierung (auch) dem Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, indem nur erstklassige Wertpapiere geschaffen werden sollten. Dieser Zweck kann jedoch keineswegs die Errichtung eines Polizeimonopols rechtfertigen. Eine Überwachung durch den Pfandbriefinspektor würde den Schutz dieses Polizeigutes in ausreichendem Masse gewährleisten. In der Tat standen bei der Beschränkung des Ausgaberechts der Banken wirtschaftspolitische Überlegungen im Vordergrund. Durch die Ausgabe von Pfandbriefen sollte eine fristenkongruente Finanzierung des Hypothekargeschäfts sichergestellt, eine Stabilisierung und Verbilligung des Hypothekarzinses erreicht und das Emissionsgeschäft ganz allgemein gefördert werden[401]. Eine solche wirtschaftspolitische Beschränkung kann sich nicht auf die Wirtschaftsartikel stützen, denn die Voraussetzungen für einen Eingriff fehlen (keine Gefährdung des Hypothekarbankengewerbes)[402 403]. Das Pfandbriefgesetz stützt sich denn auch nicht auf diese Verfassungsgrundlage, sondern auf die Kompetenz zur Gesetzgebung im Zivilrecht. Sicherlich ist der Pfandbrief ein privatrechtliches Institut, begründet er doch Rechte und Pflichten unter den privaten Vertragsparteien. Die Grundrechte binden jedoch auch den Gesetzgeber[404]. Er ist bei der Ausgestaltung der Privatrechte keinesfalls frei, sondern muss sich von freiheitlichen Überlegungen leiten lassen. Dem aber widerspricht die Beschränkung der Ausgabe privatrechtlicher Wertpapiere auf zwei Institute, wie das Pfandbriefgesetz es vorsieht.

Dank der rationellen Leistungserstellung und dank dem Verzicht auf Gewinnstreben arbeiten die Pfandbriefzentralen praktisch spesenfrei. Deshalb können die Banken die Darlehen kostengünstiger erhalten, als wenn sie diese selber beschaffen müssten. Daneben sind sie als Aktionäre am Gewinn und an der Willensbildung der

Haftung des Eigenkapitals der Zentralen und des gesamten Vermögens der Mitgliedbanken; in der Überwachung durch den Pfandbriefinspektor.

400 Vgl. dazu: Heinrich P., a.a.O., S. 385 ff.

401 Vgl. Brühlmann W., Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen Zürich 1931, S. 27; Speich H., Der Eidgenössische Pfandbrief und die Pfandbriefzentralen, in: Banken und Bankgeschäfte in der Schweiz, Bankwirtschaftliche Forschungen Band 1, Bern und Stuttgart 1969, S. 90; Hug P., Der schweizerische Pfandbrief, Geschichte, Wesen und Entwicklung des schweizerischen Pfandbriefsystems, Zeitschrift für längerfristige Finanzierung und Vermögensanlage 1969, S. 471 f.; Heinrich P., a.a.O., S. 387.

402 Aufgrund der Bestimmung des Art. 31 bis Abs. 2 BV hätte die Möglichkeit bestanden, Bestrebungen zur Gründung von Gemeinschaftsinstituten zu fördern, ohne dass eine solche Zentralisierung vorgeschrieben worden wäre.

403 Geht man davon aus, dass Art. 31quater BV wirtschaftspolitische Massnahmen, die von der HGF abweichen, zulässt, so könnte die Beschränkung der freien Erwerbstätigkeit auf diese Verfassungsbestimmung abgestützt werden. Aber auch wenn diese Kompetenz nicht anerkannt wird und die Zentralisierung der Pfandbriefausgabe auf zwei Gemeinschaftsinstitute demzufolge als verfassungswidrig zu betrachten ist, kann sie nicht gerichtlich angefochten werden, da sie sich auf ein Bundesgesetz stützt, das vom Bundesgericht nicht auf seine Verfassungsmässigkeit überprüft werden kann (Art. 113 Abs. 3 BV).

404 Vgl. Saladin P., a.a.O., S. 318; Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 818; Marti H., Wirtschaftsfreiheit, S. 36.

Zentralen beteiligt. Der Pfandbrief öffnet schliesslich auch den kleineren Instituten mittelbar den Zugang zum Emissionsmarkt. Diese Institute, die nicht mit Obligationenanleihen an den Kapitalmarkt gelangen können, erhalten durch Pfandbriefdarlehen die Möglichkeit, ausserhalb ihres Tätigkeitsbereichs, langfristige Mittel beschaffen zu können[405]. Wäre die Pfandbriefausgabe dezentralisiert worden, hätte wohl (aus polizeilichen Gründen) eine Beschränkung auf Banken mit einem bestimmten minimalen Eigenkapital ins Auge gefasst werden müssen[406]. Dies hätte für die kleineren Institute eine noch einschneidendere Beeinträchtigung des Marketings bedeutet. Denn solche Institute hätten diese Marktleistung nicht selber erstellen können; sie hätten aber auch nicht von einer gemeinsamen Ausgabe profitieren können und wären damit von der Beschaffung langfristiger Mittel ausgeschlossen worden.

Auf der andern Seite tangiert die Beschränkung der Pfandbriefausgabe die Marketingaktivitäten der Banken nicht wesentlich. Zumal die Pfandbriefe über die Absatzkanäle der Banken vertrieben werden. Die Gemeinschaftsinstitute übernehmen lediglich die Leistungserstellung (Pfandbriefe) und die Mittelbeschaffung; die Leistungsverwertung wird durch die Mitgliedinstitute durchgeführt. Eine Konkurrenzierung durch die Zentralen ist deshalb nicht zu befürchten; die Kreditinstitute können ihren Kunden die in Frage stehenden Marktleistungen anbieten, obwohl sie keine eigenen Pfandbriefe ausgeben können.

Der Kreis der Mitglieder der Pfandbriefzentrale schweizerischer Kantonalbanken wird durch den Status als Kantonalbank eindeutig abgegrenzt (Art. 3 PfandbriefG, Art. 3 Abs. 4 BaG). Demgegenüber haben die übrigen Banken zwei Voraussetzungen zu erfüllen, um das Recht zu erlangen, Mitglied der zweiten Pfandbriefzentrale zu werden: der Hauptsitz des Instituts muss in der Schweiz liegen; ihre Aktiven müssen zu mehr als sechzig Prozent der Bilanzsumme aus Forderungen bestehen, die im inländischen Bodenkreditgeschäft erworben worden sind. Allerdings steht es der Pfandbriefbank frei, von der zweiten Voraussetzung abzusehen und auch andere Mitglieder aufzunehmen[407]. Hätte die Pfandbriefbank schweizerischer Hypothekarinstitute von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, würde die Angebotspalette einer bedeutenden Bankengruppe – der Handelsbanken – geschmälert und die Möglichkeit, langfristige Mittel durch Darlehen der Pfandbriefbank zu beschaffen, eingeschränkt. Allerdings muss festgehalten werden, dass die Benachteiligung nicht allzu gravierend ausfallen würde, da den betroffenen Banken nach wie vor die Möglichkeit bleibt, an der Börse Pfandbriefe zu kaufen oder eigene Bestände zu unterhalten[408]. Zudem muss bei Neuemissionen in jedem Fall (also ohne Rücksicht auf die Mitgliedschaft) die Hilfe der Handelsgrossbanken in Anspruch genommen

405 Albisetti E./Bodmer D./Rutschi E., a.a.O., S. 493.
406 Vgl. Brühlmann W., a.a.O., S. 16, 19, 23.
407 In der Tat erfüllen heute die bedeutendsten Mitglieder der Pfandbriefbank schweizerischer Hypothekarinstitute diese zweite Voraussetzung nicht.
408 Werden solche Bestände unterhalten, steht einem Selbsteintritt des Kommissionärs (also der Bank) nichts im Wege, haben doch die Pfandbriefe einen Börsenwert, so dass keine Interessenkollision befürchtet werden muss.

werden, da die Plazierungskraft der Mitgliedinstitute bei weitem nicht ausreicht, um die Titel unterzubringen. Kleinere und mittlere Nichtmitgliedinstitute könnten sich ferner durch Unterbeteiligungen an Neuemissionen beteiligen. Aber auch die Mittelbeschaffung würde durch eine Beschränkung der Mitgliedschaft nicht unterbunden. Denn auch Nichtmitgliedinstitute können Darlehen der Pfandbriefzentralen in Anspruch nehmen. Diese müssen allerdings die Deckungswerte für solche Darlehen der Zentrale übergeben, wobei die Deckung mindestens 105% der Darlehenssumme zu betragen hat[409].

Da die Pfandbriefausgabe sowohl zeitlich als auch betragsmässig mit der Darlehensgewährung übereinstimmen muss, ergibt sich für die Praxis die Konsequenz, dass nur so viele neue Pfandbriefe ausgegeben werden können, als Banken gewillt sind, aus dem Erlös Darlehen zu übernehmen[410]. Die Ausgabe neuer Titel kann also nicht auf die Kundenbedürfnisse ausgerichtet werden, so dass durchaus die Möglichkeit besteht, dass die Nachfrage nach diesen Leistungen nicht (oder nur zu höheren Kursen an der Börse) befriedigt werden kann. Zudem kann bei Neuemissionen die Nachfrage nach neuen Titeln die einem Institut zur Verfügung stehende Quote übersteigen, so dass der Kunde gezwungen ist, seinen Bedarf bei einem Konkurrenzinstitut zu decken. Ausserdem ist zu beachten, dass die Bankinstitute zwar Pfandbriefe in ihrem Sortiment führen können; sie können diese Marktleistung aber nicht variieren und den Bedürfnissen ihrer Absatzpartner anpassen. Denn sie sind, anders als bei den Kassaobligationen, nicht in der Lage, Einfluss auf die einzelnen Qualitätsmerkmale (Laufzeit, Zinshöhe etc.) auszuüben. Vielmehr müssen sie die Pfandbriefe mit den von den Pfandbriefzentralen festgelegten Modalitäten abgeben. Die Tätigkeit der Kreditinstitute beschränkt sich also auf eine reine Händlerfunktion. Allerdings bedeutet auch das keine allzu starke Beeinträchtigung der Sortimentsgestaltung, da die Banken ähnliche Leistungen selber erbringen können. So könnte ein Kreditinstitut eine Obligationenanleihe ausgeben, die mit einem Pfandrecht an den aus dem Hypothekargeschaft stammenden Grundpfandtiteln ausgestattet wird. Die Grundpfandforderungen könnten in der Form von Art. 899 ff. ZGB (d.h. durch Abschluss eines Pfandvertrages und durch Übergabe der Titel an einen Stellvertreter oder Treuhänder der Obligationäre) verpfändet werden (Art. 860 ZGB). Dadurch liesse sich ein dem Pfandbrief ähnliches Rechtsinstitut konstruieren[411]. Ein ähnlicher wirtschaftlicher Erfolg wie mit dem Pfandbrief könnte zudem durch die Ausgabe von Anleihensobligationen mit Grundpfandrecht (nach Art. 875 und 876 ZGB)

409 Art. 11 Abs. 2, Art. 26 PfandbriefG.

410 Zudem wird der Umfang der Pfandbriefausgabe durch die Vorschrift eingeschränkt, wonach die Summe aller bilanzmässigen Schuldverpflichtungen (einschliesslich der Pfandbriefe) das fünfzigfache des Eigenkapitals nicht übersteigen darf (Art. 10 PfandbriefG.).

411 Vgl. Brühlmann W., a.a.O., S. 39; Heinrich P., a.a.O., S. 386.

erreicht werden[412]. Diese pfandbriefähnlichen Wertpapiere kommen jedoch nicht in den Genuss der spezifischen Vorrechte des Pfandbriefs (Registerpfandrecht, Konkursprivileg), wenn auch die als Deckung dienenden Grundpfandforderungen die gleiche Bonität wie die Pfandbriefdeckung aufweisen können.

Zusammenfassend lässt sich demnach sagen, dass die erwähnten Vorteile, die eine Zentralisierung mit sich bringt, die geringen Auswirkungen auf die Marketingaktivitäten sowie die Tatsache, dass sich die bestehenden Pfandbriefe in der Praxis bestens bewährt haben, eine Beschränkung der Pfandbriefausgabe für die Betroffenen überhaupt nicht als Beeinträchtigung ihrer Erwerbstätigkeit erscheinen lassen.

412 Tuor P./Schnyder B., a.a.O., S. 691 ff.; auch hier ist zwar (wie beim Pfandbrief) kein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner zur Begründung des Pfandrechts nötig. Es handelt sich jedoch um eine besondere Ausgestaltung des Grundpfandrechts, während der Pfandbrief ein spezielles Institut des Fahrnispfandes darstellt.

III. KAPITEL

Die privatrechtliche Ordnung des Bankmarketings

Die Kreditinstitute sind in ihrer Wettbewerbstätigkeit keineswegs nur öffentlichrechtlichen Schranken ausgesetzt; ihre Aktionsfahigkeit wird auch durch privatrechtliche Normen begrenzt. Die schweizerische Privatrechtsordnung ist zwar durch eine liberale Ausgestaltung gekennzeichnet. Doch auch die freiheitlichste Ausgestaltung des Privatrechts, die der Privatautonomie weiten Raum lässt, kann keine schrankenlose Betätigung zulassen. Denn eine ungebändigte Ausübung der Freiheit müsste zwangsläufig zu ihrer Aushöhlung und letztlich zu einem völligen Freiheitsverlust führen. Deshalb müssen gesetzliche Regeln aufgestellt werden, die der Freiheit des Einen im Interesse der Freiheit des Andern (und im Interesse der Allgemeinheit) Grenzen setzen und damit ein Funktionieren der freiheitlichen Ordnung erst sicherstellen. Aber auch die Einräumung privater Freiheitsbereiche (z.B. Anerkennung eines subjektiven Persönlichkeitsrechts) und die Zuordnung von dinglichen und immateriellen Gütern zu einzelnen Personen tragen wesentlich dazu bei, den Aktionsspielraum der Anbieter einzuschränken, müssen doch sämtliche Marketingmassnahmen den zivilrechtlich begründeten absoluten Herrschaftsrechten der Konkurrenten und der Abnehmer Rechnung tragen.

Die privatrechtlichen Schranken des Marketings gelten für alle Wettbewerber; sie sind keineswegs bankspezifisch. Trotzdem soll im Folgenden versucht werden (anhand einzelner privatrechtlicher Normen), aufzuzeigen, wie das Marktverhalten der Kreditinstitute auch hier beeinflusst wird.

6. Schranken, die sich aus der Privatautonomie ergeben

6.1. Vertragsfreiheit

Das schweizerische Privatrecht steht grundsätzlich auf dem Boden der *Privatautonomie*. Es bekennt sich damit zum Prinzip der eigenverantwortlichen Gestaltung der Rechtsbeziehungen. Wichtigste Ausgestaltung dieser Maxime ist die Freiheit, Verträge abzuschliessen. Mit ihr erhält das Rechtssubjekt erst die Möglichkeit, seine Verhältnisse (soweit sie einer vertraglichen Regelung überhaupt zugänglich sind) nach eigenem Gutdünken zu gestalten und dadurch eine begrenzte, nur seine Beziehung betreffende Rechtsordnung zu schaffen[1]. Die Vertragsfreiheit kann aufgegliedert werden in die Abschluss-, Inhalts-, Partnerwahl- und Aufhebungsfreiheit. Die schweizerische Rechtsordnung lässt sich somit vom Prinzip leiten, "es sei dem Belieben der Partei überlassen, ob sie einen Vertrag eingehen will, mit wem, worüber, und ob oder wann der Vertrag wieder beseitigt oder wenigstens abgeändert werden soll"[2]. Die privatrechtliche Vertragsfreiheit ist das unerlässliche Korrelat zur verfassungsrechtlichen HGF. Ohne sie wäre eine freiheitliche Wirtschaftsgestaltung völlig

1 Oftinger K., Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, Zürich 1948, S. 318; Saladin P., Grundrechte, S. 269 f.
2 Oftinger K., Vertragsfreiheit, S. 316

undenkbar[3]. Aber auch Vertragsfreiheit und Marketing sind eng miteinander verknüpft. Denn alle Marketinganstrengungen sind letztlich darauf gerichtet, mit dem Umworbenen einen Vertrag abzuschliessen und ihn mit der Erfüllung so zufriedenzustellen, dass er für weitere Geschäftsabschlüsse zugänglich bleibt. Die Vertragsfreiheit und die damit gegebene Wahlmöglichkeit der Konsumenten zwingen den Anbieter, seine Aktivitäten auf den Markt auszurichten; gleichzeitig ermöglicht sie, die entsprechenden Massnahmen durchzuführen.

In der Rechtswirklichkeit kann die Vertragsfreiheit nicht in ihrer idealtypischen Form, sondern immer nur unter dem Vorbehalt gesetzlicher Schranken auftreten (Art. 19 OR). Denn in ihrer reinen Form müsste die Vertragsfreiheit – angesichts menschlicher Unvollkommenheit und ungleicher Machtverhältnisse - sofort zu einer Bedrängung des Freiheitsbereichs der Rechtsgenossen, also zu einem Missbrauch der eigenen Freiheit führen. Der Vertrag darf aber nicht zu einem "Herrschaftsinstrument" gemacht werden[4]. Rechtliche Schranken müssen deshalb dafür sorgen, dass die Freiheit des Einen nicht zu einem ungebührlichen Freiheitsverlust Anderer führt. Dazu sind sowohl Normen erforderlich, die den schwächeren Vertragspartner schützen (z.B. Schutz vor Übervorteilung: Art. 21 OR; Schutz vor zu weitgehenden Bindungen: Art. 27 ZGB) als auch solche, die Dritte vor Beschränkungen ihrer Aktionsfreiheit bewahren, die über die Figur der Vertragsfreiheit ermöglicht werden (Schutz des Aussenseiters vor wettbewerbsbehindernden Vorkehren: Art. 4 KG). Diese Bestimmungen zielen keineswegs darauf ab, die freiheitliche Ordnung in einer bestimmten Richtung wieder aufzuheben; sie ermöglichen vielmehr, durch das Aufstellen von Spielregeln, erst ein erträgliches Funktionieren dieser Ordnung[5].

Darüber hinaus verlangen gemeinschaftliche Ziele und Aufgaben nach Bestimmungen, die die (Vertrags-) Freiheit des Einzelnen im Interesse der Gesamtheit zurückbinden; Normen, die mithin die öffentliche Ordnung vor vertraglichen Beeinträchtigungen schützen. Die Notwendigkeit dieses Vorbehalts ergibt sich aus der Erkenntnis, dass die durch Verträge geschaffene autonome Ordnung nicht zwangsläufig und in jeder Beziehung auch gemeinschaftsnützlich ist[6]. Auch diese Schranken sind mit dem Grundsatz der Privatautonomie zwar grundsätzlich vereinbar; sie müssen aber die Ausnahme bleiben und dürfen die Freiheit nicht so stark in die Defensive drängen, dass das aus der Wertordnung unseres Rechts entspringende Prinzip der Privatautonomie völlig ausgehöhlt wird[7]. Denn dadurch würde die frei-

3 Aus diesem Grund wird die Vertragsfreiheit etwa auch als die zivilrechtliche Seite der HGF bezeichnet. Vgl. Homburger E., Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit als Problem der Wirtschaftsordnung, Zürcher Diss. 1948, S. 7; ähnlich Oftinger K., Vertragsfreiheit, S. 318.

4 Merz H., Kartellrecht Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit?, WuR 1966, S. 4 f.

5 Oftinger K., Vertragsfreiheit, S. 319.

6 Oftinger K., Vertragsfreiheit, S. 318 f.

7 Oftinger K., Vertragsfreiheit, S. 323.

heitliche Ordnung selbst in Frage gestellt. Die Auffächerung der Vertragsfreiheit in die eingangs erwähnten Teilfreiheiten zeigt, welcher Art die zu erwartenden Freiheitsbeschränkungen sein werden, kann doch grundsätzlich jede der Einzelfreiheiten Angriffsziel der gesetzlichen Regelung und damit Einbruchsstelle heteronomer Gestaltung sein.

Schon OFTINGER[8] hat in seiner Abhandlung ein beträchtliches *Anwachsen* derartiger *gesetzlicher Beschränkungen der Vertragsfreiheit* diagnostiziert. Diese Einengung der freien wirtschaftlichen Betätigung ist inzwischen weiter fortgeschritten. Vorne wurde dargelegt, dass die Geschäftstätigkeit der Banken durch eine Vielzahl eidgenössischer und kantonaler (öffentlichrechtlicher) Erlasse beschränkt wird. Aber auch die Privatrechtskodifikationen enthalten mehr und mehr Bestimmungen, die nicht mehr (allein) dazu dienen, ein erträgliches Funktionieren der freiheitlichen Ordnung zu ermöglichen (z.B. Gesamtarbeitsverträge mit AVE).

Neben den gesetzlichen bestehen mehrere *faktische Schranken,* die vor allem die Partnerwahl- und Inhaltsfreiheit der Konsumenten weitgehend illusorisch machen. Hierhin gehören einmal die Marktformen, die den Nachfrager direkt jeder Wahlmöglichkeit berauben (Angebotsmonopol); aber auch eine weitgehende Vereinheitlichung der Bedingungen durch Kartellabsprachen ist geeignet, die Vertragsfreiheit des Kunden zu beeinträchtigen, stehen diesem doch kaum mehr echte Alternativen zur Wahl. Doch selbst ohne solche horizontale Absprachen wird der Kunde (im Bankgeschäft vor allem der Massengeschäftskunde) mit einem ungleich stärkeren Vertragspartner konfrontiert, was sich dahingehend auswirkt, dass ihm nur noch die Möglichkeit bleibt, die offerierten Bedingungen zu akzeptieren oder auf den Geschäftsabschluss zu verzichten. Im Bankgeschäft verfügten lediglich Grosskunden noch über eine ausreichende Verhandlungsmacht, um sich dem Vertragsdiktat der Kreditinstitute widersetzen zu können.

Die überragende Verhandlungsmacht der Banken äussert sich in den *standardisierten Verträgen* und in den *allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)*[9], die in der Regel eine Risikoumteilung zugunsten der Bank vornehmen, indem sie die für die Kunden günstigeren Bedingungen des dispositiven Rechts ausschliessen. Allerdings ist zu beachten, dass nicht nur das Motiv der Risikobeschränkung die Banken veranlasst, standardisierte Verträge und AGB zu redigieren; diese stellen vielmehr ein notwendiges Instrument dar, das geeignet ist, die Geschäftsabwicklung zu erleichtern und die Kosten, die bei einem Abschluss völlig individueller Verträge anfallen müssten, zu beschränken. Dadurch wird es möglich, die Bankleistungen günstiger zu kalkulieren, was letztlich dem Kunden zugute kommt. Der vorbereitete Vertragsinhalt muss also für den schwächeren Partner durchaus nicht nur Nachteile zur Folge haben. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn durch die AGB klare und für den Kunden durchschaubare Verhältnisse geschaffen werden.

8 Oftinger K., Vertragsfreiheit, S. 324 ff.

9 Vgl. zu den AGB ausführlich Forstmoser P., Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr, in: Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bankwirtschaftliche For-

Das geltende Vertragsrecht ist freilich allein auf Individualverträge zugeschnitten und schenkt den Besonderheiten der AGB keinerlei Beachtung. Diese Situation ist unbefriedigend und muss de lege ferenda überprüft werden. Denn die heutige Regelung ermöglicht, völlig unausgewogene Verträge durchzusetzen, so dass für den schwächeren Partner die Vertragsfreiheit nur noch theoretisch existiert. Immerhin haben Lehre und Rechtsprechung einige Regeln entwickelt, die der Eigenart dieser Vertragstypen Rechnung tragen und die überragende Position desjenigen Partners, der den Vertrag in aller Ruhe (und durch Spezialisten) ausarbeiten kann, etwas beschneiden. So werden etwa zweideutige Normen stets zu Lasten desjenigen ausgelegt, der sie aufgestellt hat (Unklarheitsregel)[10]. Ungelesen akzeptierte AGB entfalten überdies dann keine bindende Wirkung, wenn dem Vertragspartner (hier der Bank) bekannt war oder nach der allgemeinen Lebenserfahrung bekannt sein müsste, dass der Erklärungsinhalt nicht gewollt ist; also dann, wenn der Inhalt der ungelesenen AGB ganz oder teilweise so aus dem zu erwartenden Rahmen fällt, dass der Kunde nicht damit rechnen musste, ohne vom Vertragspartner eigens darauf aufmerksam gemacht worden zu sein (Ungewöhnlichkeitsregel)[11]. Diese Regeln bewirken zwar keine offene Inhaltskontrolle im Sinne einer Überprüfung der AGB auf ihre Billigkeit und Angemessenheit[12]; sie haben aber doch dazu beigetragen, dass die Position des schwächeren Partners etwas gestärkt wurde[13]. In die gleiche Richtung zielt die nur ausnahmsweise anerkannte stillschweigende Genehmigung von AGB[14] und der Vorrang individueller Absprachen[15], der selbst dann bejaht wird, wenn die AGB diese ausdrücklich ausschliessen.

schungen, Band 36, Bern und Stuttgart 1976, S. 11 ff. mit Hinweisen auf die weitere Literatur.

10 Vgl. Forstmoser P., a.a.O., S. 21 f.; Aus der Unklarheitsregel folgt ferner, dass Beschränkungen der Rechte des Kunden stets eng auszulegen sind.

11 BGE 76 I 350; Forstmoser P., a.a.O., S. 20; Als ungewöhnlich hat die Gerichtspraxis beispielsweise beurteilt: die in einem Kreditvertrag versteckte Bürgschaftsklausel (BGE 49 II 167); eine Pfandklausel für alle künftigen Verbindlichkeiten, soweit damit auch Forderungen erfasst wurden, welche der Pfandgläubiger in Zukunft von Drittpersonen erwerben sollte (BGE 51 II 273); vgl. dazu auch Merz H., Massenvertrag und allgemeine Geschäftsbedingungen, Festschrift Schönenberger, Freiburg 1968, S. 148.

12 Eine solche Kontrolle haben die schweizerischen Gerichte, im Gegensatz zur deutschen Praxis, bis heute abgelehnt.

13 Forstmoser P., a.a.O., S. 22.

14 Eine stillschweigende Genehmigung darf richtigerweise nur dann angenommen werden, wenn "in guten Treuen vorausgesetzt werden darf, der nicht einverstandene Partner hätte Widerspruch erheben müssen". Forstmoser P., a.a.O., S. 15 mit Hinweisen auf abweichende Meinungen.

15 Forstmoser P., a.a.O., S. 18 mit Hinweisen auf die weitere Literatur; BGE 93 II 325 f.; 70 II 212 f.; 81 II 350; 73 II 225.

6.2. *Assoziationsfreiheit*

Die Assoziations- oder Vereinigungsfreiheit gibt dem Einzelnen das Recht, sich mit andern zusammenzuschliessen, um gemeinsam und mit vereinten Kräften ein bestimmtes Ziel zu erreichen. Sie ist wie die Vertragsfreiheit Ausfluss der Privatautonomie. Ihre verfassungsmässige Grundlage ist die Vereinsfreiheit (soweit ein ideeller Zweck verfolgt) und die HGF, wenn ein wirtschaftliches Ziel angestrebt wird[16]. Die privatrechtliche Assoziationsfreiheit ist eine notwendige Ergänzung der HGF; ohne sie wäre eine vollumfängliche Verwirklichung der HGF und die Errichtung einer modernen arbeitsteiligen Wirtschaft undenkbar. Denn erst die Assoziationsfreiheit ermöglicht, die Kräfte Einzelner zu konzentrieren und zu einem gemeinsamen Zweck einzusetzen. Das wiederum erlaubt, grössere Betriebseinheiten zu verwirklichen und für räumlich erweiterte Märkte zu produzieren.

Ähnlich wie die Vertragsfreiheit kann auch die Assoziationsfreiheit in Teilfreiheiten aufgefächert werden, nämlich in die Gründungs- und Beitrittsfreiheit[17], die Aufhebungs- und Austrittsfreiheit, die Freiheit der Partnerwahl und die Inhaltsfreiheit. Und auch hier zeigt diese vielfältige Gliederung auf, wo grundsätzlich Einfallstore für Freiheitsbeschränkungen zu suchen sind[18].

Die Vereinigungsfreiheit ermöglicht zum einen, sich über die Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu verständigen, also die Aktionen der rechtlich selbständigen Partner - im Rahmen einer gemeinsamen Organisation (Kartell) – aufeinander abzustimmen (Preisabsprachen, Aufteilung von Absatzgebieten etc.); zum andern setzt sie die Wirtschaftssubjekte (natürliche und juristische Personen) in die Lage, sich zur gemeinsamen Ausübung der Erwerbstätigkeit zusammenzuschliessen. Im ersten Fall entfaltet die Vereinigung selbst keine Marktaktivitäten; sie beschränkt sich darauf, die Tätigkeiten ihrer Mitglieder zu koordinieren und auf ein gemeinsames Ziel auszurichten[19]. Im zweiten Fall hingegen werden eigentliche Unternehmungsfunktionen auf eine neue Gesellschaft übertragen; d.h. die Vereinigung selbst übernimmt die Aufgabe der Leistungserstellung und -verwertung oder doch wenigstens Teile derselben (z.B. den gemeinsamen Vertrieb).

Damit sich die Assoziationsfreiheit verwirklichen kann, muss das Privatrecht in beiden Fällen Organisationsformen zur Verfügung stellen, mit denen die Vereini-

16 Vgl. Marti H., Wirtschaftsfreiheit, S. 60 f.

17 Die Beitrittsfreiheit ist in dem Sinne zu verstehen, dass niemand zu einem Beitritt gezwungen werden kann. Ein Anspruch auf Aufnahme in eine private wirtschaftliche Vereinigung besteht jedoch im allgemeinen nicht. Vgl. aber Art. 6 Abs. 2 KG, der nötigenfalls eine Aufnahme ins Kartell vorsieht.

18 Z.B. Vinkulierung von Namenaktien (Art. 684, 627 Ziff. 8 OR); Festlegung einer Auslösesumme beim Austritt aus einer Genossenschaft (Art. 842 OR).

19 Liegt der Zweck dieser Verbindung in einer irgendwie gearteten gemeinsamen Wettbewerbsbeschränkung, so untersteht sie als Kartell dem BG über Kartelle und ähnliche Organisationen. Dadurch wird zwar die Freiheit, sich zu einem bestimmten Zweck zusammenzutun, nicht beeinträchtigt, denn die Unterstellung an sich zeitigt noch keine Wirkungen. Die Vorkehren, die im Rahmen der Vereinigung geschlossen werden, sind aber nur in den Grenzen des KG zulässig.

gungswilligen ihre gemeinsamen Ziele verfolgen können. Die schweizerische Rechtsordnung stellt zwar eine Vielzahl solcher Organisationsformen zur Verfügung. Sie beeinträchtigt die idealtypische Assoziationsfreiheit aber insofern, als die Vereinigung nicht in beliebiger Art und Weise vor sich gehen kann, sondern sich – im Interesse der Rechtssicherheit – an eine der vom Gesetz vorgesehenen Formen zu halten hat. Das heisst die Wahl der Rechtsform der Vergesellschaftung ist durch *Typenzwang* und den *numerus clausus* der zur Verfügung stehenden Formen beschränkt. Im Bankengewerbe wird die Wahlmöglichkeit darüber hinaus durch das *Verbot der Neugründungen von Handelsbanken in Genossenschaftsform* noch zusätzlich eingeengt (Art. 13 Abs. 1 BaG). Der Grund dieser weitergehenden Begrenzung der Wahlmöglichkeit ist hauptsächlich in der Tatsache zu sehen, dass das jederzeit mögliche Ausscheiden von Genossenschaftern zu einem Kapitalverlust führen könnte[20], was sich besonders dann ausserst negativ auf die Liquidität auswirken müsste, wenn die Auszahlung der Abfindungsansprüche zeitlich mit einem massiven Rückzug von Passivgeldern zusammenfiele[21]. Diese Beschränkung ist allerdings nicht sehr einschneidend, da einer Handelsbank immer noch genügend andere Rechtsformen zur Verfügung stehen. Viel empfindlicher wird die Assoziationsfreiheit durch die *öffentlich-rechtliche Bewilligungspflicht* des BaG getroffen. Denn erst wenn die formelle Bewilligung der Bankenkommission vorliegt, kann der Handelsregistereintrag vorgenommen werden. Dieser wirkt aber bei der Grundung von Kapitalgesellschaften (AG, Kommandit-AG, GmbH, Genossenschaft) konstitutiv, was nichts anderes bedeutet, als dass die neue juristische Person erst mit dem Registereintrag selbst entsteht. Auf der andern Seite bewirkt der Entzug der Bewilligung die sofortige Auflösung der Gesellschaft (Art. 23quinquies Abs. 2 BaG). Damit steht und fällt die Assoziation mit der öffentlich-rechtlichen Bewilligung. Bei der Gründung von Personengesellschaften (Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft) wirkt der Registereintrag hingegen bloss deklaratorisch und dient lediglich der Publizität. Sie können deshalb auch ohne Zulassungsbewilligung und Registereintrag entstehen. Die Assoziationsfreiheit wird damit zwar formell gewahrt, praktisch wird sie aber in ähnlicher Weise wie bei den Kapitalgesellschaften tangiert, denn vor Erteilen der Bewilligung dürfen sich diese Gesellschaften nicht im Bankengewerbe betätigen. Was aber nützt es den Betroffenen, wenn die Tatigkeit, zu deren Ausübung sie sich zusammengeschlossen haben, nicht ausgeübt werden darf?

Durch die Bewilligungspflicht wird das Prinzip der Assoziationsfreiheit zwar beschränkt, keineswegs aber völlig aus den Angeln gehoben, denn die Gründung von Banken wird dadurch nicht konzessionspflichtig. Sie bleibt vielmehr grundsätzlich frei. Die erforderliche Bewilligung ist *gewerbepolizeilicher Art* und dient primär dem Gläubigerschutz[22], d.h. sie muss bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzun-

20 Art. 842 OR; Art. 864 OR.

21 Kleiner B., Bankengesetzgebung, S. 43; überdies sollte die Genossenschaft nicht zu Zwecken missbraucht werden können, die nicht ihrem Wesen entsprechen. Vgl. Reimann R., Kommentar, S. 51. Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar, N. 1 zu Art. 13 BaG.

22 Reimann R., Kommentar, S. 27; Heinrich P., a.a.O., S. 243 ff.

gen erteilt werden. Diese Bewilligungsvoraussetzungen[23] sind in Art. 3 Abs. 2 BaG festgelegt. Dort wird verlangt, dass die Statuten, Gesellschaftsverträge und Reglemente den *Geschäftskreis* der Banken sowohl *sachlich,* als auch *geographisch umschreiben* und eine entsprechende *Verwaltungsorganisation* vorsehen müssen (lit. a; Art. 7 VO zum BaG). Diese Bestimmung beschränkt den Tätigkeitsbereich der Banken in keiner Art und Weise, können sie doch nach wie vor selber festlegen, wo sie welche Marktleistungen absetzen wollen. Der sachliche Aufgabenkreis und der geographische Geschäftsbereich müssen aber den finanziellen Möglichkeiten und der Verwaltungsorganisation entsprechen (Art. 7 Abs. 3 VO zum BaG)[24]. Weiter wird gefordert, dass die als AG, Kommanditgesellschaft oder GmbH organisierten Banken ein voll einbezahltes *Mindestkapital* in der Höhe von 2 Mio. Franken auszuweisen haben (Art. 4 VO zum BaG). Von dieser Vorschrift sind neben Stiftungen und Vereinen (die als Rechtsform für Kreditinstitute kaum in Frage kommen)[25] die Privatbanken und Genossenschaftsbanken ausgenommen. Grund für die Befreiung dieser beiden Banktypen sind die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter bei Privatbanken und wirtschaftspolitische Überlegungen bei den Genossenschaftsbanken, sollten doch kleine Raiffeisenkassen weiterhin in dieser Rechtsform errichtet werden können[26]. Endlich wird von den mit der Geschäftsführung und Verwaltung betrauten Personen ein *guter Ruf* und die *Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit* verlangt. Das Bankgeschäft ist demnach nicht jedermann zugänglich. Es werden vielmehr bestimmte Anforderungen an die persönliche Integrität und die fachliche Eignung gestellt[27]. Dadurch soll möglichst verhindert werden, dass Banken in den Dienst wirtschaftskrimineller Machenschaften gestellt werden und Bankgläubiger durch unsachgemässe Führung zu Verlusten kommen. Die mit der Geschäftsführung betrauten Personen müssen überdies mehrheitlich in der Schweiz Wohnsitz haben, damit gegebenenfalls Verantwortlichkeitsansprüche geltend gemacht werden können. Wohnen solche Personen im Ausland, sind sie nur zu Kollektivzeichnung gemeinsam mit einer in der Schweiz wohnhaften Person, der ebenfalls die Geschäftsführung anvertraut ist, berechtigt (Art. 3 Abs. 2 lit. d BaG).

23 Vgl. dazu Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar, N. 3 ff. zu Art. 3 BaG; Kleiner B., Bankengesetzgebung, S. 32 ff.

24 Wo Art und Umfang der Geschäftstätigkeit es erfordern, sind Geschäftsführung einerseits und Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits zu trennen und die Kompetenzen zwischen diesen Organen abzugrenzen (Art. 3 Abs. 2 lit. a BaG). Kein Mitglied des Aufsichtsorgans (bei der AG des Verwaltungsrates) darf in die unmittelbare Geschäftsleitung delegiert werden (Art. 8 Abs. 2 VO zum BaG). Von Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft, Genossenschaft, Stiftung oder eines Gemeindeinstituts verlangt die Bankenkommission regelmässig die Ausscheidung von zwei Organen. Diese organisatorische Kompetenzaufteilung soll nicht nur eine Machtkonzentration verhindern, sondern die Feststellung der Verantwortlichkeit erleichtern. Vgl. Reimann R., Kommentar, S. 28 f.; Bodmer/Klein/Lutz, Kommentar, N. 5 ff. zu Art. 3 BaG.

25 Botschaft, BBl 1970 I, S. 1150.

26 Botschaft, BBl 1970 I, S. 1150; auch für Gemeinde- und Kantonalbanken gelten keine Mindestvorschriften.

27 Während die persönliche Integrität von allen Personen verlangt werden muss, ist für den erforderlichen Grad der fachlichen Ausbildung auf die Art der zu betreibenden Geschäfte abzustellen.

Soweit die erwähnten Bewilligungsvoraussetzungen mit der HGF vereinbar sind, ist auch unter dem Blickwinkel der privatrechtlichen Assoziationsfreiheit nichts dagegen einzuwenden. Denn die privatrechtliche Freiheit, sich zu wirtschaftlichen Zwecken zu vereinigen, kann nicht weiter gehen als die öffentlich-rechtliche HGF, auf der sie letztlich beruht.

Dass die Beschränkung auf Personen, die die genannten Voraussetzungen erfüllen und die Verpflichtung zu einer angemessenen Organisation als polizeiliche Massnahmen mit der HGF in Einklang stehen ist offensichtlich[28]. Bedenken müssen einzig gegen das Erfordernis des Mindestkapitals angemeldet werden. Auch diese Bedingung kann zwar polizeilich motiviert werden. Ob sie aber vor dem Prinzip der Verhältnismässigkeit standhält, ist zumindest fraglich. Diese Voraussetzung stellt nämlich eine recht starke Beschneidung der Zulassungsfreiheit dar, weil kleineren, finanzschwächeren Gruppen die Möglichkeit verbaut wird, sich im Bankengewerbe (Handelsbankgeschäft) zu betätigen. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb Banken mit einem Eigenkapital von weniger als 2 Mio. Franken – angesichts der wirkungsvollen Liquiditäts- und Deckungsvorschriften – in jedem Fall eine grössere Gefahr für die Gläubiger darstellen sollten, als Institute mit einem höheren Kapital[29].

Die Bewilligung zur Errichtung einer nach schweizerischem Recht organisierten, aber *ausländisch beherrschten Bank* wird von zusätzlichen Bedingungen abhängig gemacht, nämlich[30]:

- von der Gewährleistung des Gegenrechts durch die Staaten, in denen die ausländischen Gründer oder die sie beherrschenden natürlichen oder juristischen Personen ihren Wohnsitz oder Sitz haben[31];
  von der Verwendung einer Firma, die nicht auf einen schweizerischen Charakter der Bank hinweist oder darauf schliessen lässt[32];

28 Ebenso Heinrich P., a.a.O., S. 245.

29 Heinrich (S. 245) hat festgestellt, dass 32% der bestehenden schweizerischen Aktienbanken ein einbezahltes Aktienkapital von weniger als zwei Millionen Franken aufweisen. Diese Banken dürfen gemäss Art. II Abs. 2 der Übergangs- und Schlussbestimmungen nach dem revidierten Bankengesetz weiterbestehen.

30 Eine Bank gilt nach Art. 3bis BaG nicht nur dann als beherrscht, wenn Ausländer direkt oder indirekt über mehr als die Hälfte des Gesellschaftskapitals oder der Stimmen verfügen, sondern auch wenn auf andere Weise ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird. In Frage käme etwa eine stärkere Verschuldung gegenüber ausländischen Kreditgebern, aber auch ein massgeblicher Einfluss dank fachlichen Kenntnissen, Erfahrungen oder Geschäftsverbindungen. Grundsätzlich sollen alle möglichen Beherrschungsfälle erfasst werden (Botschaft, BBl 1970, I, S. 1167). Tritt eine ausländische Beherrschung erst nachträglich ein oder wechseln massgebliche Personen einer ausländisch beherrschten Bank, bedarf diese einer neuen Bewilligung der Bankenkommission (Art. 3ter BaG).

31 Es muss die Möglichkeit gegeben sein, in diesem Land Geschäftsstellen schweizerischer Banken zu errichten, die sich frei beteiligen können, d.h. nicht wesentlich einschränkenderen Bestimmungen unterworfen werden als ausländische Banken in der Schweiz (Art. 5 Abs. 1 lit. b VO zum BaG). Diese Bestimmung kann nicht polizeilich motiviert werden. Es handelt sich vielmehr um eine wirtschaftspolitische Vorschrift, die darauf abzielt, die Stellung der schweizerischen Banken im Ausland zu stärken.

32 Sie darf sich vor allem keiner regionalen Bezeichnungen der Schweiz bedienen. Vorbehalten bleiben Firmen bereits bestehender ausländisch beherrschter Banken, weil diesen unter Umständen ein wohlerworbenes Recht an der Beibehaltung ihrer Firmen zustehen kann

– von der Bestätigung der Nationalbank, dass ihr die Bank, die zum Schutz der schweizerischen Kredit- und Währungspolitik erforderlichen Zusicherungen abgegeben hat[33].

Die gleichen Bedingungen gelten auch für die Errichtung eines Sitzes, einer Zweigniederlassung oder einer Agentur einer ausländischen oder ausländisch beherrschten Bank sowie für die Bewilligung zur Bestellung eines ständigen Vertreters einer ausländischen Bank. Für solche (rechtlich unselbständigen) Geschäftsstellen gilt überdies die von der Bankenkommission – gestützt auf Art. 2 BaG – erlassene Verordnung über die unselbständigen Niederlassungen ausländischer Banken in der Schweiz (vom 14. September 1973). Diese Verordnung enthält Bestimmungen über die erforderlichen Eigenmittel jeder in der Schweiz als eigene Betriebseinheit tätigen Geschäftsstelle (Art. 12) sowie über die Sicherheitsleistung, zu welcher die Bankenkommission solche Geschäftsstellen verpflichten kann (Art. 8)[34]. Der Grund für diese einschränkenden Bestimmungen ist in der Tatsache zu sehen, dass die Hauptsitze dieser Institute der Aufsicht der Bankenkommission entzogen sind, so dass sie eine grössere potentielle Gefahr für die Gläubiger darstellen als die nach schweizerischem Recht organisierten Banken.

6.3. Persönlichkeitsrechtliche Schranken

6.3.1. Allgemeines

Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts sind absolute, also gegen jedermann gerichtete Rechte, die dazu dienen, den Menschen und seine persönlichen Güter vor fremden Einwirkungen zu schützen[35]. Sie erfassen den Menschen einerseits in sei-

(z.B. Banca del Gottardo). Neutrale Firmen wie Econ Bank AG werden als zulässig betrachtet, da sie nicht auf einen schweizerischen Charakter schliessen lassen (BGE 98 Ib 377). Vgl. Botschaft, BBl 1970 I, S. 1185.

33 Die betroffenen Banken müssen sich mit andern Worten dem konjunkturpolitischen Programm der Nationalbank unterwerfen und dieser über ihren Geschäftskreis und ihre Beziehungen zum Ausland Auskunft erteilen.

34 Die Wettbewerbsstellung unselbständiger ausländischer Geschäftsstellen wird schliesslich insofern stark eingeschränkt, als diese vom Passivgeschäft ausgeschlossen werden können. Denn Art. 4 der Verordnung der Bankenkommission bestimmt nämlich, dass ausländische Banken, die in der Schweiz für die Entgegennahme von Geldern öffentlich werben oder solche geschäftsmässig entgegennehmen lassen, einer zusätzlichen Bewilligung der Bankenkommission bedürfen, die nur an Banken erteilt wird, die in ihrem Land einer der schweizerischen ebenbürtigen Staatsaufsicht unterstehen.

35 Vgl. dazu Jäggi P., Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 1960, II, S. 133a ff.; Bucher E., Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranke der ärztlichen Tätigkeit, Zürcher Diss. 1956, S. 73 ff.; Frank R., Der Schutz der Persönlichkeit in der Zivilrechtsordnung der Schweiz, Tübingen 1972, S. 56 ff.; Hubmann H., Das Persönlichkeitsrecht, 2. Auflage, Köln/Graz 1967, S. 100 ff.; Hotz K.E., Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB, Zürcher Diss. 1967.

nem innersten Kernbereich (körperliche, geistige Integrität), andererseits aber auch in seinen gesellschaftlichen Beziehungen zur Aussenwelt (Recht auf Ehre, Geheimsphäre)[36]. In beiden Fällen werden Individualgüter, also Güter, die notwendigerweise mit einer bestimmten Person verbunden sind, berührt, weshalb das Persönlichkeitsrecht aufs engste mit dem Wesen des Menschen verbunden ist. Gegenstand des Schutzes ist stets die Persönlichkeit selbst; sie wird um ihrer selbst willen von der Rechtsordnung anerkannt[37]. Die persönlichen Güter (die in ihrer Mannigfaltigkeit jeweils den Angriffsflächen der Persönlichkeit entsprechen) sind lediglich Einzelerscheinungen, Äusserungen der Persönlichkeit[38]. Ihre Verletzung bedeutet aber immer eine Verletzung der Persönlichkeit selbst.

Ein umfassender Persönlichkeitsschutz kann einzig über eine Generalklausel wie sie Art. 28 ZGB darstellt, realisiert werden. Denn nur wenn die Konkretisierung der allgemeinen Leitlinien dem Richter überlassen wird (der sich letztlich immer an der Würde des Menschen zu orientieren hat), kann neuen Bedrohungsformen rasch und wirksam begegnet werden.

Ein Eingriff in die persönlichen Verhältnisse ist grundsätzlich widerrechtlich. Denn jedermann hat die Pflicht, Störungen des Lebensbereichs anderer zu unterlassen[39]. Für den Ausschluss der Rechtswidrigkeit bedarf es eines besonderen Rechtfertigungsgrundes[40]. Ist ein solcher vorhanden, dann ist der Eingriff rechtmässig. So entfällt die Widerrechtlichkeit bei Notwehr und Notstand, bei Handeln in Amtspflicht und - im hier interessierenden Zusammenhang besonders wichtig – bei Vorliegen einer Einwilligung. Ein Eingriffsrecht besteht aber auch ganz allgemein dann, wenn dem Abwehrrecht ein besonderes Recht des Verletzers gegenübersteht, das nach einer Abwägung der in Frage stehenden Güter als wertvoller angesehen werden muss[41]. Es ist sogar denkbar, dass dem Abwehrrecht des Betroffenen ein Persönlichkeitsrecht des Eingreifers gegenübersteht und dessen Abwehrwirkung begrenzt. Denn Art. 28 ZGB schützt nicht nur die persönlichen Verhältnisse vor Eingriffen Dritter; er hat vielmehr auch eine aktive Seite, indem er die Möglichkeit der ungehinderten Persönlichkeitsentfaltung schafft (z.B. Befugnis der freien Meinungsäusserung als Konkretisierung des entsprechenden Grundrechts)[42].

36 Sie werden deshalb auch etwa als Beziehungsrechte bezeichnet. Egger A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I, Einleitung und Personenrecht, 2. Auflage, Zürich 1930, Art. 28, N. 24; Jäggi P., a.a.O., S. 165a.

37 Egger A., Kommentar, N. 22 zu Art. 28.

38 Egger A., Kommentar, N. 47 zu Art. 28.

39 Jäggi P., a.a.O., S. 174a.

40 Die Persönlichkeitsrechte sind zwar absolute, also gegen jedermann gerichtete Rechte. Das bedeutet aber keineswegs, dass sie auch gegen alle denkbaren Eingriffe standhalten. Denn kein Rechtsgut ist schlechthin unantastbar. Es ist eben gerade die Frage, wie weit das geschützte Recht Angriffe abzuwehren vermag. Vgl. Jäggi P., a.a.O., S. 194a; Egger A., Kommentar, N. 53 zu Art. 28; Bucher E., a.a.O., S. 100.

41 Jäggi P., a.a.O., S. 194a f., S. 214a ff.

42 Vgl. Hotz K.E., a.a.O., S. 41 ff.

Gegenstand des Persönlichkeitsrechts sind die *persönlichen Güter in ihrer Gesamtheit*[43], denn die persönlichen Verhältnisse der Rechtssubjekte sollen vollumfänglich und gegen alle denkbaren Fremdeinwirkungen geschützt werden. Folgerichtig bezieht das Recht denn auch die wirtschaftlichen Lebensbereiche des Menschen (als eines seiner zentralen Betätigungsfelder) mit ein und sichert sowohl natürlichen als auch juristischen Personen die Möglichkeit und Befugnis, ihre Kräfte frei und ungebunden wirtschaftlich zu entfalten. Damit ist dieses subjektive Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung praktisch das privatrechtliche Gegenstück zur HGF. Die HGF bezieht sich nach herkömmlicher Auffassung zwar ausschliesslich auf das Verhältnis des Bürgers zum Staat, entfaltet also keine unmittelbare Drittwirkung[44]. Ihre Existenz ist aber trotzdem von ausschlaggebender Bedeutung für die Anerkennung und inhaltliche Ausformung eines entsprechenden privatrechtlichen Freiheitsrechts[45]. Denn im Interesse einer einheitlichen Rechtsordnung müssen privates und öffentliches Recht einander entsprechen. Schon EGGER hat hervorgehoben, dass eine im öffentlichen Recht garantierte Freiheit durch die Ausgestaltung des Privatrechts nicht illusorisch gemacht werden dürfe[46]. Es wäre in der Tat "wenig sinnvoll, anzunehmen, der Staat garantiere dem Einzelnen einen Raum freier Entfaltung gegenüber behördlichen Beschränkungen und lasse gleichzeitig zu, dass private Wirtschaftsmacht diese Freiheit zunichte mache"[47]. Soll eine solche Einheit der Gesamtrechtsordnung sichergestellt werden, muss das von der Verfassung als verbindlich erklärte Wertsystem auch in das Privatrecht einströmen können, wozu sich als geeignete Einbruchsstellen die Generalklauseln anbieten, kann doch bei ihrer Interpretation auf Verfassungsgrundsätze zurückgegriffen werden. So kann auch die HGF, der zwar keine unmittelbare Drittwirkung zukommt, mittelbar in das Privatrecht einwirken und dort das Verhältnis zwischen gleichgestellten Rechtssubjekten beschlagen[48].

Das Bundesgericht hat zwar seit jeher ein Persönlichkeitsrecht auf Achtung und Geltung im Wirtschaftsleben anerkannt[49]. Es leitete die privatrechtliche Wirtschaftsfreiheit allerdings aus der allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsordnung und nicht etwa aus der HGF ab. Erst in jüngerer Zeit hat es bei der inhaltlichen Bestimmung dieses Rechts unmittelbar auf die HGF Bezug genommen und so einen inneren Zusammenhang zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Wirtschaftsfreiheit hergestellt[50]. Damit hat sich die Einsicht durchgesetzt, dass beide Ausformungen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit als verschiedene Aus-

43 Jäggi P., a.a.O., S. 167a.
44 Vgl. vorne S. 44 ff.
45 Merz H., Kartellrecht, S. 6; Saladin P., Grundrechte, S. 265.
46 Egger A., Kommentar, N. 10 zu Art. 28.
47 Merz H., Kartellrecht, a.a.O., S. 6.
48 Vgl. dazu Müller J.P., Grundrechte, S. 173 ff., 156; Saladin P., Grundrechte, S. 265 ff.; Merz H., Kartellrecht, S. 7.
49 BGE 22, 184; 32 II 367; 33 II 118; 42 II 599; 46 II 427; 52 II 383.
50 BGE 86 II 368; vgl. auch BGE 82 II 302.

strahlungen des gleichen verfassungsmässigen Leitsatzes angesehen werden müssen. Infolgedessen existiert im horizontalen Verhältnis ein *"privates Recht auf Handels- und Gewerbefreiheit"*[51], dessen Inhalt durch das Freiheitsrecht der Verfassung bestimmt wird.

Das Persönlichkeitsrecht ermöglicht dem Anbieter (und darum auch dem auf dem Markt auftretenden Kreditinstitut) zwar, seine Marketingmittel ungehindert einzusetzen; es zeigt aber durch den Schutz der persönlichen Verhältnisse – gleichzeitig die Schranken dieser Betätigung auf. Das läuft konkret darauf hinaus, dass (soweit kein Rechtfertigungsgrund vorliegt oder wenn ein persönliches Gut von "höherem Wert" entgegensteht) weder die persönlichen Güter der Konkurrenten[52], noch diejenigen der Konsumenten tangiert werden dürfen. In der Marketingpraxis muss vor allem den persönlichen Verhältnissen der Absatzpartner Rechnung getragen werden, denn diese laufen, wegen der Ausrichtung aller Absatzanstrengungen auf den Markt, leicht Gefahr, Opfer von Verletzungshandlungen zu werden. Primär gefährdet erscheint dabei die Privat- und Intimsphäre sowie die Entscheidungsfreiheit des betroffenen Zielpublikums. Hier sollen deshalb zwei typische Bedrohungsformen dieser persönlichen Güter etwas näher betrachtet werden.

6.3.2. Die Bedrohung der Privat- und Intimsphäre durch absatzpolitische Massnahmen der Anbieter

Es ist allgemein anerkannt, dass der Einzelne über einen Bereich verfügt, in dem er sich (unter Vorbehalt von Rechtfertigungsgründen) frei von fremden Einwirkungen entfalten kann[53]. Um diesen Bereich abzugrenzen, unterteilt JÄGGI den gesellschaftlichen Lebensbereich in den Geheim-, Privat- und Gemeinbereich[54]. Der innerste Kernbereich ist die *Geheimsphäre*. Sie umfasst all diejenigen Lebensvorgänge, von denen der Mensch will, dass sie dem Wissen aller seiner Mitmenschen entzogen sind. Etwas weiter erstreckt sich der *Privatbereich*, der das Verhältnis des Einzelnen zu eng verbundenen Personen beschlägt. Dem *dritten Bereich* schliesslich gehören all die Tatsachen und Handlungen an, deren Kenntnis jedermann zugänglich ist, sei es, dass sie sich in der Öffentlichkeit abspielen, sei es, dass die betreffen-

51 BGE 86 II 376.

52 Als bedrohte persönliche Rechtsgüter der Konkurrenten gelten v.a. die Ehre und der Kredit. Die gegen diese Güter gerichteten Verletzungshandlungen werden indessen (soweit sie innerhalb eines Wettbewerbsverhältnisses vorgenommen werden) nicht als Verstoss gegen Art. 28 ZGB betrachtet. Vielmehr gelangen in einem solchen Fall die Spezialbestimmungen des UWG zur Anwendung. Vgl. zur wirtschaftlichen Kritik ausführlich: Schluep W.R., Über Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, in: Homo Creator, Festschrift für Troller, Basel und Stuttgart 1976, S. 225 ff.

53 Jäggi P., a.a.O., S. 225a ff.; Egger A., Kommentar, N. 40 zu Art. 28; Frank R., a.a.O., S. 73 ff.; Hotz K.E., a.a.O., S. 69 ff.; BGE 44 II 319: "La vie privée doit être murée."

54 Jäggi P., a.a.O., S. 226a f.

de Person selbst ihnen eine gewisse Publizität gibt[55]. Der eigentliche Persönlichkeitsbereich umfasst nur die beiden inneren Kreise. In diese Schutzzonen darf niemand bzw. nur eine eng verbundene Person eindringen. Der Gemeinbereich hingegen steht dem Eingriff Dritter grundsätzlich offen[56].

Das moderne Marketing verlangt vom Anbieter (also auch von der Bank), dass er alle seine Bestrebungen auf den Konsumenten ausrichtet. Diese Einstellung führt notwendigerweise zu vielfältigen persönlichen Kontakten mit potentiellen Kunden. Da die so begründeten zwischenmenschlichen Beziehungen von Anfang an darauf ausgerichtet sind, den Absatzpartner in irgendeiner Weise zu beeinflussen, bergen sie die latente Gefahr einer Missachtung der Persönlichkeit des Umworbenen in sich. Hier soll aber nicht auf die Persönlichkeitsverletzungen eingetreten werden, deren Ursache in einer übertriebenen aggressiv gestalteten Marktbearbeitung liegt. Vielmehr soll die Hauptbedrohungsform der Privat- und Intimsphäre, nämlich *die auf modernen psychologischen Kenntnissen basierenden Marktforschungsmethoden*, die auch von den Banken in zunehmendem Masse benutzt werden, näher beleuchtet werden. Denn diese sind unmittelbar darauf ausgerichtet, direkt oder indirekt in die intimen Persönlichkeitsbereiche der potentiellen Kunden vorzustossen, um deren Wünsche, Einstellungen und Verhaltensweisen näher zu ergründen. Andererseits ist zu beachten, dass die Marktforschung generell eine Form der wirtschaftlichen Betätigung darstellt; sei es als eigentliche Erwerbstätigkeit der spezialisierten Institute, sei es als unerlässliches Hilfsmittel, um das absatzpolitische Instrumentarium marktgerichtet und marktgerecht einsetzen zu können. Bei allen Formen der Marktforschung kommt es deshalb zu einem Konflikt zwischen zwei aufeinanderprallenden Persönlichkeitsrechten, der nur auf dem Weg der Güterabwägung gelöst werden kann.

Befragungen stellen im allgemeinen keine grossen persönlichkeitsrechtlichen Probleme. Dies obwohl die interessierenden Fragen meist nicht direkt gestellt werden, sondern in sog. Testfragen umgearbeitet werden, so dass dem Befragten der dahinterstehende Zweck unbekannt bleibt. Denn die Umarbeitung dient primär dazu, Fehlerquellen, die bei einer direkten Befragung gegeben wären, zu eliminieren; sie bezweckt nicht, in die Persönlichkeitssphäre des Interviewpartners vorzudringen. Dieser hat übrigens ohne weiteres die Möglichkeit, einzelne Fragen, die seiner Meinung nach allzu intime Bereiche berühren, nicht zu beantworten. Etwas problematischer sind die vielfach in Fragebogen eingebauten psychologischen Fragen wie Picture-Frustrations-Tests, thematische Apperzeptions-Tests und Satzvervollständigungstests. Der Grund dafür liegt in der Tatsache, dass der Befragte bei der Beantwortung dieser Aufgaben glaubt, seine Meinung zu einem unverfänglichen Problem darzutun, während er in Tat und Wahrheit doch etwas von seiner Persönlichkeit preisgibt. Dass die Befragung in den meisten Fällen trotzdem vor dem

55 Grossen J.M., Das Recht der Einzelpersonen, in: Schweizerisches Privatrecht, II, Basel/Stuttgart, S. 369.
56 Jäggi P., a.a.O., S. 227a; Grossen J.M., a.a.O., S. 370.

Persönlichkeitsschutz stand zu halten vermag, ist darauf zurückzuführen, dass diese Fragetypen keine tiefgreifende Eingriffe in die Persönlichkeit darstellen. Einige wenige, einzel eingestreute Fragen dieser Art genügen nicht, um ein geschlossenes Persönlichkeitsbild des Befragten zu liefern. Sie sind höchstens geeignet, einige Charakterzüge oberflächlich und unvollständig anzudeuten. Wollte man in tiefere Persönlichkeitsschichten vordringen, müsste der entsprechende Fragenkomplex ausgebaut werden. Nun kann aber ein Fragebogen nicht unbeschränkt erweitert werden, da dem Befragten eine allzu lange Fragezeit nicht zugemutet werden kann. Mit andern Worten: Die Kürze durch die sich ein Fragebogen auszeichnen muss, verhindert ein Vorstossen in allzu intime und schwer zugängliche Persönlichkeitsbereiche. Darüber hinaus fällt entscheidend ins Gewicht, dass der Interviewte (der ja nur Teil einer repräsentativen Stichprobe ist) anonym bleibt. Das bedeutet konkret, dass der Auswerter keine Angaben über die Person des Befragten besitzt und damit auch keine Schlüsse über die Persönlichkeit eines bestimmten Individuums ziehen kann. Der Interviewer hingegen kennt zwar den Befragten, er ist aber in den allermeisten Fällen nicht in der Lage, aus den Antworten direkt irgendwelche Zusammenhänge und Tatsachen abzuleiten[57]. Soweit durch die Befragungen dennoch ein wenn auch geringfügiger Eingriff in die Persönlichkeit der Testperson vorliegt, ist dieser sicherlich durch den Zweck zu rechtfertigen. Denn ein Anbieter kann sein Recht auf wirtschaftliche Betätigung nur dann optimal ausüben, wenn er die relevanten Kundenbedürfnisse und das Kaufverhalten der Abnehmer kennt. Bedürfnisgerechte Leistungen, die eine moderne Marktforschung voraussetzen, stehen aber letztlich auch im Interessen der Nachfrager selbst.

Auch wenn sich das Individuum in die Öffentlichkeit begibt, muss ihm ein Bereich zugebilligt werden, der fremden Eingriffen verschlossen bleibt[58]. Das bedeutet nichts anderes, als dass die Person, auch wenn sie ihre häusliche Umgebung verlässt und von jedermann gesehen werden kann, über einen privaten und geheimen Bereich verfügt, der gegen jedes Eindringen geschützt ist. Fraglich ist nur, wie eng oder wie weit dieser Schutzkreis gezogen werden kann. Eine Störung der Privat- und Geheimsphäre durch unbefugtes *Mithören oder Beobachten* ohne Einsatz technischer Hilfsmittel kann nicht rechtswidrig sein, solange der "Verletzer" offen auftritt. Denn ein Konsument, der sich in die Öffentlichkeit begibt, muss damit rechnen, dass seine Äusserungen gewollt oder ungewollt von Aussenstehenden wahrgenommen werden; d.h. er nimmt bewusst in Kauf, dass Dritte die in der Öffentlichkeit geäusserten Gedanken und Gefühle zur Kenntnis nehmen können, obwohl sie eigentlich der Privat- oder Geheimsphäre angehören. Widerrechtlichkeit ist erst dann gegeben, wenn die Beobachtung oder das Abhören heimlich geschieht, wenn der Betroffene also glaubt, allein und unbeobachtet zu sein, in Wahrheit aber aus einem Versteck "überwacht" wird.

57 Die Gewichtung müsste anders ausfallen, wenn es gelingen sollte mittels Fragebogen tiefer in die Persönlichkeit einzudringen und wenn gleichzeitig qualifizierte (d.h. psychologisch geschulte) Befrager eingesetzt würden, die aus den Antworten unverzüglich Schlüsse auf die Intimsphäre des Betroffenen ziehen könnten.

58 Jäggi P., a.a.O., S. 230a; Frank R., a.a.O., S. 73.

Anders stellt sich die Situation, wenn die Persönlichkeitsverletzung mit Hilfe technischer Mittel erfolgt. Denn es ist unbestritten, dass neue Erkenntnisse der Wissenschaft und Technik viel einschneidendere Eingriffe ermöglichen und damit eine wesentlich grössere Bedrohung der Persönlichkeit darstellen als natürliche Mittel. Deshalb ist mit JÄGGI[59] zu fordern, dass der Schutzbereich gegenüber diesen Eingriffsmöglichkeiten erweitert wird. Auch der Einsatz technischer Hilfsmittel kann den Schutzbereich aber nicht so stark ausdehnen, dass ohne explizite Einwilligung sämtliche Eingriffe zu unterlassen sind. Denn soweit eine Person nur als Teil der Masse (Zuschauer, Passant) und nicht als Einzelindividuum beobachtet oder auf Bildträger aufgenommen wird, entfällt jegliche Schutzbedürftigkeit (z.B. Passantenstromanalysen). Bei der Beobachtung des Kauf-Verhaltens und der Reaktion auf Werbeinhalte wird der Konsument aber gerade nicht als Teil der Masse erfasst; er wird als Einzelperson, die in bestimmter Art und Weise auf das Angebot oder die Werbung reagiert, beobachtet. Der Einsatz technischer Hilfsmittel (z.B. versteckte Kameras, einseitige Spiegel) zur Beobachtung einzelner Personen ist indessen nicht in jedem Fall rechtswidrig. Die Widerrechtlichkeit entfällt, wenn sich die Beobachtung auf Verhaltensweisen bezieht, die ausschliesslich dem Gemeinbereich zuzuordnen sind[60]. Massgebend ist also, ob die Privat- und Geheimsphäre des Betroffenen überhaupt tangiert wird. Dies ist nun aber in den meisten Fällen zu bejahen. Selbst wenn die Beobachtung ein reines Kaufverhalten, das zweifellos dem Gemeinbereich angehört, erfassen will, ist nicht zu umgehen, dass daneben auch Gefühle und Stimmungen festgehalten werden, die der Betroffene nicht äussern würde, wenn er sich beobachtet fühlte. Auch der Einwand, dass solche Gefühlsregungen nur in einem geringen Prozentsatz der Fälle eingefangen werden und dass der Beobachtete lediglich als Teil der Stichprobe behandelt wird, nimmt einem derartigen Eingriff nicht die Rechtswidrigkeit. Würden Persönlichkeitsverletzungen dierser Art nicht geahndet oder über das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung gerechtfertigt, so würde der Kernbereich der Persönlichkeit, der grundsätzlich auch in der Öffentlichkeit geschützt wird, völlig ausgehöhlt. Das Individuum müsste sich – ähnlich wie in Orwells "1984" – ständig beobachtet und kontrolliert fühlen, was eine völlige "Entprivatisierung" zur Folge hätte, die sich mit unserer Rechtsordnung nicht vereinbaren liesse.

Im Gegensatz zu den Beobachtungen weiss die Versuchsperson bei *Tiefeninterviews und Experimenten* zwar, dass sie sich in einer Testsituation befindet; sie weiss aber in vielen Fällen nicht, welche Ziele mit der Untersuchung verfolgt werden.

59 Jäggi P., a.a.O., S. 228a.

60 Das Strafrecht (Art. 179quater StGB) erfasst nur die Beobachtung (und zwar nicht nur die heimliche) durch Aufnahmegeräte. Die Beobachtung durch einseitige Spiegel wird nicht berührt. Dies ist offensichtlich eine Gesetzeslücke, die de lege ferenda geschlossen werden sollte. Zivilrechtlich darf hier kein Unterschied gemacht werden, da die Persönlichkeitsverletzung, aber auch der Unrechtsgehalt ebenso schwer wiegt wie bei der verpönten Beobachtung durch Aufnahmegeräte.

Im allgemeinen bezwecken die hier behandelten Testmethoden, die tieferen Beweggründe für das Kaufverhalten zu ergründen. Das bedingt, dass in das Unterbewusste und Unbewusste und damit sehr weit in den geheimsten Persönlichkeitsbereich vorgedrungen wird, was zweifellos eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt, also grundsätzlich rechtswidrig ist. Nun wird aber in praktisch allen Fällen eine Einwilligung der Versuchsperson vorliegen, die – wenigstens nach Ansicht des Testveranstalters – die Widerrechtlichkeit beseitigt. Entscheidend ist jedoch, wie weit sich diese Einwilligungen erstrecken.

Die Einwilligung ist nicht an irgendwelche Formvorschriften gebunden; sie kann sogar durch konkludentes Verhalten zum Ausdruck gebracht werden. Allerdings darf aus einem freiwilligen Erscheinen (am Testort) nur auf die Bereitschaft, an einer Untersuchung teilzunehmen, geschlossen werden. Keinesfalls darf darin schon eine Einwilligung zu persönlichkeitsverletzenden Eingriffen gesehen werden. Selbst wenn die Zielsetzung der Versuche bekanntgegeben wird und die Testperson sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt, darf darin noch keine Blankovollmacht gesehen werden, sämtliche psychologischen Verfahren einzusetzen, die geeignet sind, dieses Ziel zu erreichen. Eine solche Folgerung ist nur in Ausnahmefällen, d.h. wenn die Testpersonen die tieferen Zusammenhänge kennen, zulässig. Dies dürfte aber nur dann der Fall sein, wenn Fachleute den Tests unterzogen werden. Der Durchschnittskonsument, der in der Regel getestet wird, ist sich über die damit verbundenen Konsequenzen in den seltensten Fällen im klaren. Seine Zustimmung deckt deshalb Eingriffe in den Privat- und Geheimbereich nur, wenn er über die genauen Wirkungen der Versuche orientiert worden ist. Eine globale Einwilligung, durch die sich der Betroffene allen möglichen Versuchsmethoden ausliefert, ist nicht geeignet, die Rechtswidrigkeit zu beseitigen.

Überhaupt stellt sich die Frage, ob eine Einwilligung in voller Kenntnis der Tragweite, angesichts der Bestimmung des Art. 27 ZGB, rechtsgültig erteilt werden kann. Denn diese Norm will ja gerade den Betroffenen davor schützen, sich seiner Rechte in zu weit gehendem Masse zu entäussern. Müsste aber ein Einblick in das Seelenleben, der nicht einem Heilzweck dient, als zu weit gehender Eingriff in die Persönlichkeit angesehen werden, so bliebe ein entsprechender Test (trotz Einwilligung) rechtswidrig. Im Gegensatz zu den extrem weit gehenden Eingriffen wie Tötung oder Verstümmelung (bei denen eine rechtlich erhebliche Einwilligung in keinem Fall erteilt werden kann) zeitigt die Aufdeckung der tieferen Bewusstseinsschichten aber keine für den Betroffenen nachteiligen Folgen; sie ist überdies von relativ kurzer Dauer und erfasst die Testperson letztlich nur als ein weitgehend anonym bleibender Konsument. Meines Erachtens sollte deshalb eine rechtswirksame Einwilligung grundsätzlich erteilt werden können. Die Einwilligung kann indessen jederzeit widerrufen werden. Denn niemand muss einen Eingriff nur deshalb dulden, weil er sich früher damit einverstanden erklärt hat. Das Einverständnis muss vielmehr im Zeitpunkt des Eingriffs fortbestehen. Ein allfälliger Rückzug der Zustimmung hätte allerdings keine rückwirkenden Folgen; die bereits vorgenommenen Eingriffe blieben rechtsmässig[61].

61 Vgl. Jäggi P., a.a.O., S. 206a f.

Damit sich die Versuchsperson möglichst normal und unbefangen benimmt, wird bei einzelnen Versuchen die eigentliche Testsituation so gestaltet, dass der Betroffene gar nicht bemerkt, wann die entscheidende Phase beginnt. Diese Verschleierung ist rechtlich bedeutungslos. Wenn die Testperson – in Kenntnis der Konsequenzen – ihre rechtsgültige Zustimmung zu Eingriffen in ihr Persönlichkeitsrecht gegeben hat, kann es ihr ja gleichgültig sein, wann genau dieser Eingriff erfolgt.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass ein Teil der heute von der Marktforschung verwendeten Untersuchungsmethoden rechtswidrig oder rechtlich zumindest fragwürdig sind. Allerdings bleibt die Verteidigung des Persönlichkeitsrechts gegen derartige Verletzungen sehr problematisch, denn der Betroffene muss Klage führen, damit ein Eingriff gerichtlich beurteilt werden kann. Gerade dies kann er aber nicht tun, weiss er doch in der Regel gar nicht, dass unberechtigt in seine Geheim- und Privatsphäre eingedrungen worden ist. Aber selbst wenn ihm eine Persönlichkeitsverletzung bewusst wird, sind seine rechtlichen Möglichkeiten beschränkt: Da die durch die erwähnten Marktforschungsmethoden verursachten Persönlichkeitseingriffe sich im allgemeinen nur kurz auswirken und im Zeitpunkt der Klage nicht mehr andauern und auch keine weiteren Störungen drohen, kommt eine Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Feststellungsklage nicht in Frage. Ein allfälliger Schadenersatzanspruch setzt, neben dem Verschulden des Testveranstalters, einen Schaden, d.h. eine Vermögenseinbusse voraus. Weil ein derartiger ökonomischer Schaden regelmässig nicht eintritt, fällt auch dieser Anspruch zum vornherein ausser Betracht. Bleibt der Genugtuungsanspruch, der einen Ausgleich für Schäden nichtökonomischer Art (sog. tort moral) schaffen soll. Ein solcher Anspruch ist indessen nur gegeben, wenn eine "besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens", also eine doppelte Qualifizierung, vorliegt (Art. 49 OR in Verb. mit Art. 28 ZGB). Ob dies bei den untersuchten Marktverhaltensanalysen der Fall ist, bleibt zumindest fraglich. Immerhin kann gesagt werden, dass ein Eingriff in die Geheimsphäre und damit in eines der wesentlichsten Persönlichkeitsgüter schon an und für sich sehr schwer wiegt und deshalb die Voraussetzung der "besonderen Schwere der Verletzung" rasch erfüllt. Dies ergibt sich auch aus der Tatsache, dass der Privat- und Geheimbereich durch strafrechtliche Tatbestände gegen Übergriffe abgesichert worden ist. Beim Verschulden ist in der Regel Vorsatz zu verlangen[62]. Dieses Erfordernis ist bei Beobachtungen mit versteckten Kameras oder andern Hilfsmitteln immer erfüllt. Bei Tiefeninterviews und psychologischen Tests hingegen kann der Marktforscher insofern auch fahrlässig handeln, als er zu Unrecht annimmt, er sei zum Eingriff in die Persönlichkeitsphäre berechtigt, weil er glaubt es liege eine rechtsgültige Einwilligung vor[63].

62 Vgl. Bucher E., a.a.O., S. 83; Unter Umständen genügt auch grobe Fahrlässigkeit (BGE 95 II 502).

63 Ebenso Bucher E., a.a.O., S. 83 bei ärztlichen Eingriffen.

6.3.3. Die Bedrohung der Entscheidungsfreiheit durch die Werbung

Wie jede Werbung will auch die Bankwerbung beeinflussen. Sie tut dies nicht nur durch rationale Informationen wie die Hervorhebung messbarer Produktnutzen; sie verwendet vielmehr in zunehmendem Masse auch emotionale Appelle an Gefühle und Triebe. Damit nutzt sie die in der Werbetheorie unbestrittene Erkenntnis, dass jeder Absatzpartner (auch der Unternehmer) seinen Kaufentscheid nicht rein rational trifft, sondern sich in mehr oder weniger starkem Ausmass von Gefühlen und Einstellungen leiten lässt. In der Verwendung solcher suggestiver Methoden könnte durchaus ein Eingriff in die Persönlichkeit des Umworbenen gesehen werden, denn die Appelle richten sich an seine im Unterbewussten oder gar im Unbewussten schlummernden Triebe und Motivationen und beeinflussen dadurch (für ihn unmerkbar) seinen Kaufentscheid. Die Werbung versucht mit andern Worten durch das Ansprechen emotionaler Schichten die rationale Entscheidung zu unterlaufen. Nun kann jedoch eine solche Werbung, selbst wenn sie als Eingriff in die Persönlichkeit des Betroffenen betrachtet wird, nicht schlechthin unterbunden werden, da auf der Gegenseite das ebenfalls aus dem Persönlichkeitsrecht abgeleitete Recht auf Werbung steht, das nach einem grundsätzlich ungehinderten Einsatz der Werbemittel verlangt[64]. Auch hier muss deshalb auf die bewährte Methode der Güterabwägung zurückgegriffen werden.

Vorerst ist festzuhalten, dass die freie Entscheidung des Konsumenten als Teil seiner geistigen Integrität grundsätzlich durch das Persönlichkeitsrecht geschützt wird. Soll dieser Schutz nicht illusorisch werden, muss der Verteidigungsgürtel - ähnlich wie bei der Bedrohung der Privat- und Geheimsphäre durch technische Mittel – weiter vorverlegt werden, da die Werbetreibenden (mit Hilfe der modernen Werbepsychologie und -soziologie) immer feinere und ausgeklügeltere Methoden entwickeln, um den Konsumenten zu beeinflussen. Auf der andern Seite darf der Schutzbereich aber doch nicht soweit ausgedehnt werden, dass die Werbung an sich in Frage gestellt wird, was zweifellos dann der Fall wäre, wenn sämtliche suggestiven Inhalte (also jede Werbung, die den Adressaten unter Umgehung rationaler Persönlichkeitsanteile zu beeinflussen sucht) unterbunden würde. Denn letztlich muss jede Werbung als suggestiv bezeichnet werden, gibt es doch praktisch keine Werbung, die nicht mit Hilfe von Appellen die Bedürfnisse, Triebe und Motivationen des Umworbenen anspricht, um ihn dadurch zu einem Kaufentscheid zu bewegen[65]. Konsequenterweise müsste deshalb jede Werbung als Verletzung der Persönlichkeit unterbunden werden. Dass ein solches allgemeines Verbot aber zu einer unhaltbaren Situation führen müsste, ist offensichtlich. Dadurch würde nicht nur der Anbieter seiner Möglichkeit beraubt, eines seiner zentralsten Marketinginstrumente einzusetzen, auch der Konsument müsste auf eines seiner wichtigsten

64 Saladin P.V., Das Recht auf Werbung, S. 126 f.

65 Vgl. statt vieler: Kropff H.F.J., Angewandte Psychologie und Soziologie in Werbung und Vertrieb, Stuttgart 1960, S. 515, 241 ff.

Informationsmittel verzichten, so dass sein Kaufentscheid letztlich auch nicht rationaler ausfallen würde.

Theoretisch wäre der Konflikt zwischen den konkurrierenden Persönlichkeitsrechten des anbietenden Unternehmers und des Konsumenten dadurch zu lösen, dass auf die *Beeinflussungsintensität* abgestellt würde. Es müssten also alle diejenigen Werbemethoden als Persönlichkeitsverletzungen ausgeschaltet werden, von denen man weiss, dass sie geeignet sind, den rationalen Entscheid zu erschweren. Es gibt aber bis heute keine psychologisch fundierte und rechtlich fassbare Kriterien, die eine solche Abgrenzung erlauben würden. SALADIN erwähnt zwar die Möglichkeit eines Verbotes bestimmter Werbepraktiken, Symbole und Ausdrücke[66]. Eine unvollständige und deshalb problematische Abgrenzung durch einige konkrete Tatbestände würde aber nur eine scheinbare Lösung des Problems bringen. Auf der andern Seite müsste eine Generalklausel zu beträchtlichen Rechtsunsicherheiten führen. Eine Abgrenzung nach bestimmten Kriterien wird schliesslich durch die Tatsache vollends verunmöglicht, dass die effektive Beeinflussung nicht nur vom eigentlichen Werbeinhalt, sondern ebensosehr von der sozialen Umgebung, von der Suggestibilität und der Einstellung zum Produkt bzw. zur Unternehmung des Umworbenen abhängt. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die emotionalen Appelle keinen allzu gravierenden Eingriff in die Persönlichkeit des Betroffenen darstellen. Dies vor allem deshalb, weil es der Werbung nur in Ausnahmefällen gelingt, einen rationalen Kaufentscheid völlig auszuschliessen. Es gelingt zwar mit Hilfe von Appellen, Motive anzusprechen und damit einen Bedarf zu wecken. Bei der eigentlichen Bedarfsdeckung wird der Entscheid (abgesehen etwa von Impulskäufen) aber kaum je rein emotional erfolgen[67]. Darüber hinaus hat der "aufgeklärte" Konsument die Möglichkeit, suggestive Methoden zu erkennen, sich der Beeinflussung zu entziehen oder Abwehrkräfte zu mobilisieren.

Aus diesen Ausführungen lässt sich der Schluss ziehen, dass einerseits ein genereller Ausschluss der suggestiven Werbung nicht in Frage kommt, andererseits aber eine Begrenzung nach der Intensität der Beeinflussung kaum durchführbar ist. Die modernen Werbemethoden müssen deshalb, unter dem Blickwinkel des Persönlichkeitsrechts, grundsätzlich zugelassen werden. "Erst in den Grenzsituationen der wirklichen Diskriminierung des Individuums oder der tatsächlichen (definitiven) Ausschaltung der freien Willens- und Selbstbestimmung kann der Persönlichkeitsschutz in Funktion treten"[68]. Diese Lösung entspricht durchaus dem Persönlichkeitsbild unseres Rechts, das das Schwergewicht auf die Eigenverantwortung des Menschen legt, also davon ausgeht, dass dieser die Umwelteinflüsse primär autonom zu bewältigen habe[69].

66 Saladin P.V., Recht auf Werbung, S. 128.

67 Moser Hans, Rationales oder irrationales Handeln der Verbraucher, in: Der Markenartikel 1964, S. 389 ff.

68 Saladin P.V., Das Recht auf Werbung, S. 128 mit Hinweis auf Lerche Peter, Werbung und Verfassung, München/Berlin 1967, S. 142.

69 Liver P., Der gesetzliche Schutz der Persönlichkeit in der Rechtsentwicklung, ZbJV 1967, S. 80 ff.; Saladin P.V., Das Recht auf Werbung, S. 128.

Anders fällt die Beurteilung indessen bei der sogenannten *subliminalen oder unterschwelligen Werbung* aus, bei der die Verbraucher durch Werbeappelle von so kurzer Dauer zu beeinflussen versucht werden, dass sie den Impuls zwar empfangen, sich seiner aber nicht bewusst werden. Die Wirkung dieser Werbemethode ist in der Werbetheorie und -praxis zwar umstritten. Trotzdem muss sie, selbst wenn auch nur die Möglichkeit einer Beeinflussung besteht, ganz entschieden als Verletzung der Persönlichkeit gebrandmarkt werden, für die kein Rechtfertigungsgrund ins Feld geführt werden kann. Denn hier wird der Entscheidungsmechanismus nicht bloss beeinflusst, sondern vollständig ausgeschaltet. Der betroffene Personenkreis kann sich den ausgesandten Impulsen weder entziehen, noch entsprechende Abwehrkräfte mobilisieren, da er die Beeinflussung nur unter der Bewusstseinsschwelle wahrnimmt. Ein solches Vorgehen, das wesentlich weiter geht als die emotionalen Appelle, missachtet die persönliche Würde und Freiheit des Menschen in so grober Weise, dass rechtliche Sanktionen sich aufdrängen. De lege lata lassen sich diese nur auf Art. 28 ZGB und die Generalklausel des UWG stützen.

7. Immaterialgüterrechtliche Schranken

Immaterialgüterrechte sind absolute Rechte, die einer Person an verselbständigten, verkehrsfähigen Gütern geistiger Natur zukommen. Als Herrschaftsrechte räumen sie dem Rechtsinhaber die ausschliessliche Benutzungsbefugnis an den betreffenden unkörperlichen Schutzobjekten ein und bewahren die errungenen Positionen vor Nachahmung und Ausbeutung. Sie beschlagen sowohl materielle als auch ideelle Interessen der Berechtigten[70].

Durch die Anerkennung von Immaterialgüterrechten werden bestimmte Güter aus der Gesamtheit der geistigen Gegenstände herausgehoben, durch die Aufstellung von Schutzvoraussetzungen gegen das geistige Gemeingut abgegrenzt und demjenigen zugeordnet, der sie zuerst hervorgebracht hat[71]. Die Rechtsordnung räumt den Rechtssubjekten also nicht an allen immateriellen Gütern ein Ausschliesslichkeitsrecht ein. Das schweizerische Recht und mit ihm die meisten Rechtsordnungen haben vielmehr einen numerus clausus der rechtlich geschützten Güter eingeführt: es werden nur einzelne Kategorien als Rechtsobjekte ausgewählt (Schöpfungen technischer und geistiger Natur, Kennzeichen), während die übrigen der Allgemeinheit frei zugänglich bleiben[72].

Da die geistige Leistung, wenn sie einmal vollbracht ist, leicht nachvollzogen und nachgeahmt werden kann, ist die Einzelperson, die eine derartige Leistung mit grossem Aufwand vollbringt, in höchstem Masse daran interessiert, dass sie das Ergebnis

70 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 75 f.
71 Hubmann H., Gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1962, S. 2.
72 Insbesondere die Anweisungen an den menschlichen Geist wie Computerprogramme, Absatzmethoden etc.

auch ausschliesslich nutzen kann. Dieses Interesse deckt sich weitgehend mit demjenigen der Allgemeinheit, da letztlich eine stetige wirtschaftliche, kulturelle und technische Entwicklung, die allen zugute kommt, nur möglich ist, wenn sich Einzelpersonen finden, die willens sind, das Risiko und die Anstrengung der Weiterentwicklung auf sich zu nehmen und die entsprechenden Mittel bereitzustellen. Auf der andern Seite muss der immaterialgüterrechtliche Schutzbereich im Interesse der Allgemeinheit eingeengt werden, um eine zu weit gehende Monopolisierung, die die Entwicklung negativ beeinflussen könnte, zu vermeiden. Es gibt in der Tat geistige Leistungen, die für die Gesamtheit von solcher Bedeutung sind, dass sie nicht einem Einzelnen auf unbegrenzte Zeit zugeordnet werden können (z.B. wissenschaftliche Entdeckungen). Dies ist denn auch der Grund, weshalb nur einem Teilbereich aus der Vielfalt der immateriellen Güter rechtlicher Schutz zuteil wird. Aus den gleichen Überlegungen wird auch dort, wo ein subjektives Recht grundsätzlich anerkannt wird, die Herrschaft nicht unbeschränkt gewährt, sondern inhaltlich und zeitlich dem Wesen der einzelnen Güter angepasst[73].

Allen Immaterialgüterrechten ist gemeinsam, dass sie das Marketing in zwei entgegengesetzten Richtungen beeinflussen. Zum einen ermöglichen sie, Ausschliesslichkeitsrechte zu begründen und dadurch Marktvorsprünge gegenüber Konkurrenten abzusichern; zum andern schränken sie die Handlungsfähigkeit der Anbieter, die über diese Herrschaftsrechte nicht verfügen, empfindlich ein. Die so von den Immaterialgüterrechten ausgehenden Beschränkungen treffen grundsätzlich alle Anbieter, wenn auch, je nach der Art des Angebots und der Gewichtung des Marketing-Mixes, in höchst unterschiedlichem Masse; sie sind ebensowenig wie alle andern privatrechtlichen Schranken bankspezifisch. Im folgenden Abschnitt soll geprüft werden, ob und allenfalls wie die Absatzanstrengungen der Banken durch diese Normenkomplexe betroffen werden.

7.1. Patentrecht

Das Patentgesetz befasst sich mit neuen (d.h. im Zeitpunkt der inländischen Anmeldung nicht offenkundigen bzw. noch nicht durch Veröffentlichungen bekannten) gewerblich anwendbaren Erfindungen[74]. Unter einer *Erfindung* wird – im Hinblick auf die konstante bundesgerichtliche Praxis – eine von einer oder mehreren Personen geschaffene Regel zur Anwendung von Naturkräften verstanden, die im Zeitpunkt der Patentanmeldung einen klar erkennbaren technischen Fortschritt bewirkt und dem Fachmann in diesem Zeitpunkt nicht nahe liegt[75].

73 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 99.

74 Troller (Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 238) weist richtig darauf hin, dass dieses Merkmal überflüssig ist, da grundsätzlich jede Erfindung, wenn auch mit unterschiedlicher Kosten/Nutzen-Relation, gewerblich anwendbar ist. Vgl. auch BGE 69 II 277 f.

75 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 165; BGE 85 II 138.

Die Erfindung ist also einmal eine *technische Regel,* die eine Anleitung gibt, wie Naturkräfte beherrscht und dem Menschen dienstbar gemacht werden können. Als derartige Verhaltensanweisung muss sie sich beliebig oft wiederholen lassen, d.h. sie muss eine endgültige Lösung eines technischen Problems versprechen. Im Gegensatz zur Entdeckung macht die Erfindung nicht bloss eine Aussage über das Bestehende, sondern fügt diesem etwas Neues bei. Sie ist also eine *geistige Schöpfung.* In der Bereicherung der Technik und in der Erschliessung neuer Wege für die Anwendung von Naturkräften allein liegt aber noch kein technischer Fortschritt. Vielmehr hat die Erfindung nur dann einen Sinn, wenn sie dazu dient, bestehende menschliche Bedürfnisse zu befriedigen oder (gegenüber der bisherigen Lösung) besser zu befriedigen[76]. Schliesslich muss die neue technische Regel eine bestimmte *Erfindungshöhe* aufweisen; sie darf also dem Fachmann nicht nahe gelegen haben (BGE 89 II 108 ff.). Fachmann ist, wer über das Wissen und den Ausbildungsstand verfügt, der zur Weiterentwicklung im massgeblichen Gebiet nötig ist. Kann eine solche Person aus dem Stand der Technik Informationen übernehmen, die sie befähigen, die Regel selber zu entwickeln, so fehlt eine genügende Erfindungshöhe, die einen Schutz rechtfertigt[77]. Der Fachmann und der Stand der Technik sind nicht wahrnehmbare, messbare Grössen, sondern rechtliche Konstruktionen, die die Beantwortung der Frage der Erfindungshöhe sehr problematisch werden lassen, da das subjektive Ermessen (bei der Annahme des massgeblichen Fachmannes) und der Zufall (bei der Ermittlung des Standes der Technik) eine entscheidende Rolle spielen.

Das Patentrecht sichert dem Rechtsträger die ausschliessliche gewerbsmässige Benutzung der Erfindung. Der Schutz erstreckt sich nicht nur auf die Herstellung und den Gebrauch; er bezieht auch weitere nicht abschliessend aufgezählte Handlungen mit ein, insbesondere alle diejenigen, die darauf gerichtet sind, mit geschützten Gütern auf dem Markt aufzutreten (Feilhalten, Verkauf, Inverkehrbringen)[78]. Um eine zu weit gehende Auswirkung des Patentrechts zu verhindern, erschöpft sich das subjektive Recht mit dem ersten Inverkehrbringen des patentierten Erzeugnisses. Das bedeutet, dass eine Person, die ein patentiertes Produkt erwirbt, dieses weiter verkaufen, zum Verkauf anbieten, gebrauchen und zur Herstellung weiterer Erzeugnisse verwenden darf[79].

Wie oben dargelegt, sind Erfindungen technische Handlungslehren, die stets angeben, wie Naturkräfte beherrscht und dem Menschen nutzbar gemacht werden können. Das Patentrecht befasst sich also ausschliesslich mit dem Schutz technischer Werke. Nur technische Geisteswerke, die unmittelbar die Anwendung von

76 Die Messung des technischen Fortschritts erfolgt durch eine Gegenüberstellung der Erfindung mit allem bekannten Wissen. Entscheidend ist dabei das Urteil des Durchschnittsfachmannes (BGE 85 II 131).

77 Der Stand der Technik wird gebildet durch alle im In- und Ausland veröffentlichten Schrift- und Bildwerke, die sich in irgendeiner Weise auf die in Frage stehende technische Regel beziehen sowie durch die im Inland sonstwie offenkundig gewordenen Kenntnisse.

78 Art. 8 PatG.

79 Blum R./Pedrazzini M., Das schweizerische Patentrecht, Kommentar zum BG betreffend die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954, Bd. I, 2. Auflage, Bern 1975, S. 395.

Naturkräften lehren, sind patentrechtlich schützbar. Verhaltensregeln, die das Handeln des Menschen als solches zum Gegenstand haben und Erfolg ohne Mithilfe von Naturkräften anstreben, gehören nicht zum Bereich der Technik und sind deshalb auch nicht patentierbar. Hiezu sind die Angebote der Banken zu rechnen. Sie beinhalten Leistungen, die allein durch die geistige Fähigkeit des Menschen zustande kommen, ohne dass Naturkräfte dazu notwendig wären. Bankleistungen entstehen allein durch organisatorische Anweisungen, die auf den bedürfnisgerechten und rationellen Einsatz der vorhandenen Mittel ausgerichtet sind und durch zielgerichtetes Verhalten der Menschen, die mit ihrer Einstellung betraut sind. Die Anleitung zur Erstellung solcher Leistungen ist also keine technische Regel und deshalb auch nicht schützbar. Das bedeutet, dass grundsätzlich alle Konkurrenten freien Zugang zu Neuentwicklungen haben, so dass sich durch die Innovationstätigkeit nur kurzfristige Wettbewerbsvorsprünge realisieren lassen.

Mehr und mehr kommen indessen *auch in Dienstleistungsunternehmen* und besonders auch in Banken *technische Einrichtungen* zum Einsatz, sei es, dass die Leistung selber durch maschinelle Einrichtungen erbracht wird (vollautomatische Bankstellen), sei es, dass die Leistungserstellung durch technische Hilfsmittel unterstützt wird (Kassamaschinen, Computer). Solche Ausrüstungen, die unter Ausnutzung von Naturkräften zu einer rationellen oder bedürfnisgerechten Leistungsgestaltung beitragen, können (sofern die übrigen Merkmale vorhanden sind) als Patente angemeldet werden. Dabei ist allerdings zu beachten, dass nur die eigentliche Hardware (Maschinen, Computer) patentrechtlichen Schutz geniessen kann. Die Software (Steuerungsprogramme) hingegen, die entweder vom Hersteller mitgeliefert oder in Zusammenarbeit mit dem Abnehmer kundenspezifisch erarbeitet wird, kann als Anweisung an den menschlichen Geist nicht geschützt werden. Da die erwähnten technischen Anlagen im allgemeinen durch spezialisierte Unternehmungen entwickelt werden, stehen die patentrechtlichen Ausschliessungsrechte auch diesen Lieferfirmen zu. Die Banken treten in den allermeisten Fällen lediglich als Abnehmer dieser Investitionsgüter auf, die grundsätzlich allen Interessenten zur Verfügung stehen. Anders verhielte es sich, wenn eine Bank selber (bzw. über eine Tochtergesellschaft) technische Einrichtungen entwickeln oder diese von einer Lieferfirma beziehen würde, die (aufgrund der Beteiligungsverhältnisse oder durch vertragliche Abmachungen) mit ihr verbunden ist. In solchen Fällen könnte die Patentierung dazu führen, dass bestimmte Mittel nur einem einzigen Anbieter zur Verfügung stünden. Handelt es sich dabei lediglich um technische Hilfsmittel, so könnten die Konkurrenzinstitute die Dienstleistung trotzdem (wenn auch unter Umständen etwas weniger rationell) erbringen. Gelänge es aber einer Bank oder dem mit ihr verbundenen Hersteller eine neue, vollautomatisierte Leistung zu erstellen, so könnte sie sich auf diese Weise einen rechtlich abgesicherten Wettbewerbsvorsprung erkämpfen.

Immerhin bliebe den Mitbewerbern die Möglichkeit, nach Ablauf von drei Jahren die Einräumung einer *Zwangslizenz* zu begehren, wie Art. 37 PatG sie vorsieht, wenn der Patentinhaber die Erfindung bis zur Anhebung der Klage nicht in angemessener Weise im Inland ausführt. Eine angemessene Ausführung liegt nach Mei-

nung der herrschenden Lehre erst dann vor, wenn die Bedürfnisse des Binnenmarktes befriedigt werden[80]. Damit wird unterstellt, dass Art. 37 PatG, entgegen dem Wortlaut und entgegen der entsprechenden Vorschrift von Art. 5 A PUe nicht in erster Linie dem Missbrauch des Patentinhabers begegnen will, sondern vielmehr das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlich vertretbaren Ausführung im Auge hat. Diese Auslegung ergibt sich zwingend aus der engen geschichtlichen und systematischen Verknupfung von Art. 37 und Art. 38 PatG. Die letztgenannte Bestimmung lässt eine Löschungsklage erst dann zu, wenn die Erteilung von Lizenzen nach Art. 37 dem Bedürfnis des inländischen Marktes nicht zu genügen vermag. Damit stehen diese beiden Normen aber, wie BLUM/PEDRAZZINI eingehend dargelegt haben, in einem komplementären Verhältnis zueinander[81]. Daraus folgt, dass beide Bestimmungen dem gleichen Zweck, nämlich eben der Befriedigung der in Art. 38 PatG angesprochenen Bedürfnisse des Inlandmarktes dienen. Wird eine Erfindung nur ausgeführt, um den Eigenbedarf oder den Bedarf eines bestimmten Abnehmers zu decken, so liegt sicher keine ausreichende Belieferung des Marktes vor. Der Hersteller müsste demnach auch andere Interessenten beliefern, will er verhindern, dass die Klagen auf Erteilung von Zwangslizenzen gutgeheissen werden.

7.2. Urheberrecht

Gegenstand des Urheberrechts ist das originelle, eine individuelle Prägung aufweisende Werk der Literatur und der Kunst.

Was konkret unter einem *Werk der Literatur und der Kunst* zu verstehen ist, führt das URG allerdings nicht aus; es begnügt sich mit einem langen, allerdings nicht überzeugenden Beispielkatalog. Nach allgemeiner Ansicht umfasst der Begriff der Literatur sämtliche Sprachwerke ohne Rücksicht auf ihren künstlerischen und literarischen Gehalt[82], was bedeutet, dass jede in Worte gefasste Botschaft Gegenstand des Urheberrechts sein kann. Der Begriff der Kunst seinerseits geht über die bildende Kunst hinaus. Er bezieht auch Ausdrucksformen anderer Art (z.B. Filmwerke, choreographische Werke, Pantomimen) mit ein. Neben der Literatur und der Kunst schützt das URG die Werke der Musik, die allerdings in der heutigen Form des Gesetzes nicht als selbständige Kategorien erfasst sind[83].

80 Blum R./Pedrazzini M., Kommentar, Bd. II, S. 593 f.; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 971.

81 Blum R./Pedrazzini M., Kommentar, Bd. II, S. 593 f.

82 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 453; derselbe, Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, Basel und Stuttgart 1973, S. 73; derselbe, Vorentwurf der Expertenkommission für ein Schweizerisches Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht, Schriftenreihe Internationale Gesellschaft für Urheberrecht, Bd. 48, München 1972, S. 20; Arquint C., Der Schutz des Slogans nach Marken-, Wettbewerbs- und Urheberrecht, Freiburger Diss. 1958, S. 72; von Gamm O.F., Urheberrechtsgesetz, Kommentar, München 1968, S. 183; Kummer M., Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968, S. 8 ff.

83 Der VEURG stellt die Werke der Musik neben die Sprachwerke und die Werke der bildenden und andern Künste.

Für die Zuerkennung des urheberrechtlichen Schutzes ist weder der Zweck noch der künstlerische Wert der Werke entscheidend; ausschlaggebend ist allein ihre individuelle Prägung, ihre Originalität[84]. Das Erfordernis der Originalität bedeutet dabei nichts anderes, als dass das Werk seinen Ursprung im Geist des Urhebers selbst haben muss. Es muss mit andern Worten *seine* Schöpfung sein. Die sinnlich wahrnehmbare Form darf nicht tale quale übernommen sein; der Urheber muss vielmehr etwas subjektiv Neues geschaffen haben[85]. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so liegt Originalität vor. Denn das Werk hat sein individuelles Gepräge erhalten und stellt dadurch ein Gebilde dar, das nur einmal in dieser Form besteht, also statistisch einmalig ist[86]. Die vom VEURG verlangte individuelle Prägung (Art. 1) und die von KUMMER eingeführte statistische Einmaligkeit[87] bringen – wie TROLLER[88] überzeugend nachgewiesen hat – nichts grundlegend Neues, sondern entsprechen der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis. Denn entscheidend war schon bisher die Individualität im Sinne der statistischen Einmaligkeit und nicht die im Werk irgendwie zum Ausdruck kommende Persönlichkeit des Urhebers. Das Bundesgericht verlangte zwar verschiedentlich, dass das schützbare Werk von der Persönlichkeit seines Schöpfers geprägt sein müsse[89]; es setzte dieses persönliche Gepräge aber ausdrücklich oder doch im Ergebnis der klar erkennbaren Originalität gleich. "Die Originalität wiederum liess sich nicht in der Analyse der Person des Urhebers, sondern nur im Vergleich mit allen schon bekannten oder zu erwartenden ähnlichen Werken finden"[90].

Das Urheberrecht basiert auf dem Schöpfungsprinzip. Träger des Rechts ist also grundsätzlich die natürliche Person, die das Werk geschaffen hat. Nur die natürliche Person kann demnach das Recht an Werken der Literatur und der Kunst originär erwerben. Das bedeutet, dass ein Arbeitgeber sich die Rechte an Werken, die ein Arbeitnehmer in Ausführung seiner Dienstpflichten geschaffen hat – im Gegensatz zum Patentrecht – abtreten lassen muss. Dasselbe gilt für Werke, die ein Beauftragter (Werbeagentur) ausgeführt hat[91]. Das Urheberrecht sichert dem Berechtigten die ausschliessliche Verfügungsmacht über sein Werk[92]. Er allein bestimmt, wie das

84 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 448; Arquint C., a.a.O., S. 75.

85 Objektive Neuheit muss nicht vorliegen, weshalb Parallelschöpfungen (theoretisch wenigstens) möglich sind.

86 Die hinter dem originellen Werk stehende geistige Tätigkeit ist die Ursache der Einmaligkeit; sie muss nicht unbedingt im Werk selbst (erkennbar) zum Ausdruck kommen.

87 Kummer M., Das urheberrechtlich schützbare Werk, S. 30 ff., 80.

88 Troller A., Vorentwurf, S. 17 ff. insbes. S. 19; derselbe, Kurzlehrbuch, S. 75 f.; vgl. auch Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 447 ff. insbes. S. 466.

89 BGE 75 II 363: "eigenartige Geistesschöpfungen von individuellem Gepräge"; BGE 77 II 379 f.: "Verkörperung eines Gedankens, für die es einer individuellen geistigen Tätigkeit bedurfte, als Ausdruck einer originellen Idee."; BGE 76 II 100: "la création de quelque chose d'original, ayant son cachet propre et constituant le produit d'une idée créatrice personelle".

90 Troller A., Vorentwurf, S. 19.

91 Vgl. Dupertuis P.R., Le droit d'auteur dans le domaine de la publicité commerciale, Lausanner Diss. 1964, S. 120 ff.; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 775 f.

92 Die Verfügungsmacht entsteht unmittelbar mit der Schaffung des Werkes. Ein Registereintrag ist nicht nötig.

Werk zu verwenden ist. Insbesondere entscheidet der Urheber darüber, ob, wann und durch welche Mittel es bekanntzugeben ist, ob und allenfalls welche Änderungen vorgenommen werden dürfen und in welcher Weise es zur Schaffung eines neuen Werkes herangezogen werden darf, sofern die ursprüngliche Vorlage erkennbar bleibt (Bearbeitung)[93]. Die umfassenden Herrschaftsrechte schützen sowohl die materiellen als auch die ideellen Interessen des Urhebers; es findet keine Aufteilung des Urheberrechts in urhebervermögens- und urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse statt[94].

Mit den von den Banken angebotenen Leistungen kann kein Urheberrecht verknüpft werden, denn es handelt sich hier niemals um Werke der Literatur und Kunst. Trotzdem ist das Urheberrecht für das Bankmarketing von Bedeutung, können doch einzelne Elemente der Marktbearbeitung urheberrechtlichen Schutz geniessen[95].

Werbeinhalte sind sowohl als Schriftwerke (Inserate, Prospektinhalte, Slogans) als auch als Werke der Kunst (Werbefilm, TV-Spot, Werbefotografie) schutzfähig. Dies ungeachtet ihrer rein wirtschaftlichen Zweckbestimmung[96], denn entscheidend ist ja einzig, dass sie eine eigenschöpferische Ausgestaltung aufweisen. Die Originalität kann dabei in jedem einzelnen Werbeelement (Text, Bild, graphische Gestaltung) zum Ausdruck kommen und ist daher bei allen Gestaltungselementen getrennt zu überprüfen. Ergibt sich, dass lediglich einem Element (z.B. der graphischen Gestaltung) Originalität zugesprochen werden muss, so erstreckt sich das Urheberrecht allein auf diesen Teilinhalt. Nichts kann in einem solchen Fall den Konkurrenten daran hindern, andere, nicht schutzfähige Inhalte (z.B. den Text) für seine Zwecke zu verwenden. Das Erfordernis der statistischen Einmaligkeit bedeutet für den Werbetreibenden, dass der Inhalt seiner (Urheberrechtsschutz beanspruchenden) Werbung über die reine Sachbezogenheit hinausgehen muss. Einer rein informativen Werbung, die allein den Produktnutzen hinausstreicht, fehlt die notwendige originelle Prägung. Das gleiche gilt für übliche Aufmachungen, Verzierungen und Ausschmückungen[97]. Denn hier fehlt die schöpferische Idee. Der Werbeinhalt ist nicht von der Persönlichkeit des Urhebers geprägt; er wird lediglich aus bekannten Inhalten übernommen oder ergibt sich zwangsläufig aus dem angebotenen Produkt selbst.

Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang auch der Schutz der *Werbeslogans*. Denn hier geht es nicht nur um ein zentrales Element der Werbung und damit um ein wirtschaftliches Gut, das einen hohen Wert darstellen kann,

93 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 512 f.; derselbe, Kurzlehrbuch, S. 111.
94 Troller A., Kurzlehrbuch, S. 111.
95 Vgl. dazu Dupertuis P.R., a.a.O., S. 91 ff.
96 Arquint C., a.a.O., S. 73; Saladin P.V., Das Recht auf Werbung, S. 139; von Gamm O.F., Urheberrechtsgesetz, S. 190; BGE 61 II 111. 57 II 62 ff.
97 Vgl. von Gamm O.F., Urheberrechtsgesetz, S. 203.

sondern auch um einen Bestandteil der Werbung, der häufig an der untern Grenze der Schutzfähigkeit liegt. Die Möglichkeit, Werbesprüche urheberrechtlich zu schützen ist allgemein anerkannt[98]. Denn auch sie gelten als Schriftwerke i.S. des URG. Die Kürze, durch sie sich auszeichnen, ist kein Grund, sie vom Urheberrecht auszuschliessen, ergibt sich doch weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes eine quantitative Beschränkung[99]. Der Schutz des Slogans wird (genau gleich wie bei den Werbetexten) einzig vom Erfordernis abhängig gemacht, dass ein Schriftwerk von individueller geistiger Prägung vorliegt[100]. Diese Voraussetzung kann grundsätzlich auch ein sehr kurzer Werbespruch erfüllen. Ja gerade die engen Gestaltungsmöglichkeiten nötigen den Werbetreibenden, nach originellen Lösungen zu suchen, damit der Slogan die in ihn gesetzten Erwartungen erfüllt. Dies setzt in der Regel eine geistige und schöpferische Leistung voraus, die sich durchaus mit derjenigen bei der Schaffung anderer Schriftwerke messen kann. In der Praxis schränkt das Erfordernis der Originalität den Kreis der urheberrechtlich geschützten Werbeslogans allerdings stark ein, da ein Grossteil der Slogans auf Sachangaben, gebräuchlichen Redewendungen und Anpreisungen in alltäglicher Form basiert und keine individuelle Prägung aufweist. Denkbar ist andererseits, dass ein an sich schutzunfähiger Slogan durch eine besondere, originelle graphische Gestaltung oder durch graphisches Beiwerk indirekt urheberrechtlichen Schutz erlangen kann. Ein solcher Schutz erstreckt sich aber nur auf die betreffenden graphischen Elemente, also auf die optische Erscheinungsform und nicht auf die Aussage selbst.

In der Werbung und in der Pflege der Public Relations der Banken wird oftmals versucht (mit Hilfe längerer Texte), dem Publikum die Funktionsweise des Bankensystems klar zu machen oder die Vorteile bestimmter Dienstleistungen zu schildern. Solche *Abhandlungen* sind zwar (ähnlich wie wissenschaftliche Werke) als Sprachgebilde einmalig. Inhalt und Einteilung hingegen sind von der Sache bzw. vom Thema vorbestimmt, so dass ein anderer das gleiche Wissen in gleicher oder ähnlicher innerer Form festhalten müsste. Geschützt ist deshalb nur der sprachliche Ausdruck; Einteilung und Auswahl des Materials hingegen bloss dann, wenn anzunehmen ist, dass kein anderer sie gleich gestaltet hätte[101 102].

Abstrakte Ideen bleiben grundsätzlich ausserhalb des urheberrechtlichen Schutzes. Sie sind, selbst wenn sie originell sind, nicht schutzfähig. Schutz findet nur der bestimmte Ausdruck eines Gedankens; seine Verkörperung in einem Werk, das sinnlich wahrnehmbar ist[103]. So darf die einem geschützten Werk zugrunde liegende

98 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 473; von Gamm O.F., Urheberrechtsgesetz, S. 190; ausführlich: Arquint C., a.a.O., S. 70 ff.; Dupertuis P.R., a.a.O., S. 97 ff.

99 Arquint C., a.a.O., S. 73 f.

100 Arquint C., a.a.O., S. 74; vgl. auch Ulmer (Urheber- und Verlagsrecht, 2. Auflage, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1960, S. 120), der allerdings kurzen Sätzen die Schutzfähigkeit abspricht.

101 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 472, 412 ff., 421.

102 Das Gleiche gilt für die von verschiedenen Banken herausgegebenen Broschüren, die aktuelle wirtschaftliche und rechtliche Probleme behandeln.

103 Vgl. Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 422, 510 f.; Arquint C., a.a.O., S. 75; BGE 77 II 380; 70 II 59 f.

Idee ohne weiteres als Grundlage für die Gestaltung eines andern Werkes übernommen werden, das dann wiederum als originelle Ausformung dieser Idee urheberrechtlichen Schutz geniesst. ARQUINT[104] hat zwar versucht, über den urheberrechtlichen Schutz der innern Formgebung (Sammlung und Auslese, Gliederung und Anordnung des zur Werbeidee verdichteten Stoffes) doch noch einen indirekten Ideenschutz abzuleiten. Auch hier ist aber letztlich nur die konkrete und originelle Ausgestaltung der ursprünglichen Idee Gegenstand des Urheberrechts. Gelingt es einem Konkurrenten, die Idee in einer andern Form zu materialisieren, so liegt kein Verstoss gegen das URG vor, selbst dann nicht, wenn die Idee an sich aussergewöhnlich und einzigartig ist (z.B. Verwendung von Cartoons in der Werbung der SBG).

Die Entwicklung neuer und die Variation bestehender *Verkaufshilfen* können zwar das Ergebnis zeitraubender geistiger Arbeit sein. Sie stellen aber in der Regel keine schöpferische Leistung dar, in der die Individualität des Urhebers zum Ausdruck kommt. Dies vor allem deshalb, weil meistens bekannte Formen (wenn auch teilweise etwas abgewandelt) in den Dienst der Marktbearbeitung gestellt werden. Aber auch wenn neue Formen entwickelt werden, so orientieren sich diese im allgemeinen an ihrem Zweck; d.h., es werden Formen gewählt, die dem Verhalten und den Bedürfnissen der Zielpersonen optimal entsprechen und den Verkaufsprozess möglichst wirkungsvoll unterstützen. Die Formgebung ist also grösstenteils durch die Funktion vorbestimmt. Andere Werbefachleute, die den Problemkreis in gleicher Weise analysieren, müssten zwangsläufig auf gleiche Resultate kommen. Deshalb kann den verkaufsfördernden Hilfsmitteln im allgemeinen kein individuelles Gepräge im Sinne der statistischen Einmaligkeit zugesprochen werden[105]. Dies schliesst natürlich nicht aus, dass in ganz besonderen Fällen an den in Rede stehenden Hilfsmitteln urheberrechtlicher Schutz begründet werden kann. So wäre es durchaus denkbar, dass ein Werbeständer als Werk der bildenden Kunst geschaffen würde; ein solches Objekt könnte durchaus als schöpferische Leistung primär ästhetische Wirkung entfalten und ein individuelles Gepräge zum Ausdruck bringen und nur sekundär verkaufsfördernd wirken. Hier bestünde zwar ein Ausschliesslichkeitsrecht, doch der Marktvorsprung, der sich durch eine solche Formgebung allenfalls realisieren liesse, läge zweifellos in der Idee der Verbindung zwischen Kunst und Marketing und nicht in ihrer (urheberrechtlich geschützten) konkreten Verwirklichung. Deshalb hätte ein Konkurrenzunternehmen ohne weiteres die Möglichkeit, die gleiche Idee durch einen andern Künstler und mit dessen individueller Prägung ausgestalten zu lassen. Zusammenfassend kann deshalb gesagt werden, dass im Bereiche der Verkaufsförderung kaum nennenswerte urheberrechtliche Schranken bestehen, so dass das Marketing sich weitgehend frei entfalten kann.

104 Arquint C., a.a.O., S. 102 ff.

105 Am Inhalt dieser Mittel (Text, graphische Gestaltung) ist urheberrechtlicher Schutz wie bei den übrigen Werbemitteln möglich, wenn die notwendigen Anforderungen erfüllt sind.

7.3. Muster- und Modellrecht

Das MMG[106] regelt den Schutz der äusseren Formgebung zwei- und dreidimensionaler Gebilde, die geeignet sind, bei der gewerblichen Herstellung eines Gegenstandes als Vorbild zu dienen[107]. Geschützt werden nur Formen, die einen ästhetischen Zweck verfolgen, die also dazu dienen, den Schönheitssinn anzusprechen (sog. Geschmacksmuster)[108]. Auf Muster und Modelle hingegen, deren Form sich allein aus ihrer technischen Funktion ergibt (sog. Gebrauchsmuster), findet das Gesetz keine Anwendung. Dies obwohl auch solche Formen zweifellos einen ästhetischen Reiz haben können. Das MMG sieht eine derartige Beschränkung des Geltungsbereichs zwar nicht ausdrücklich vor; das Bundesgericht hat sie indessen – in ständiger Rechtsprechung – aus Art. 3 MMG abgeleitet, um die für die technische Weiterentwicklung notwendigen Gebrauchsmuster vor einer Monopolisierung zu bewahren. Der Schutz wird nach der neueren Rechtsprechung allerdings nur dann verweigert, wenn einzig eine bestimmte Form dem Gebrauchszweck optimal zu genügen vermag. Weist ein Gegenstand Formen oder Formdetails auf, die für die typische praktische Brauchbarkeit entbehrlich sind, so kann daran das Ausschliesslichkeitsrecht begründet werden[109].

Die Muster und Modelle müssen sich als Vorbild für die *gewerbliche Herstellung* eignen[110]; sie müssen sich also auf Objekte beziehen, die sich wirtschaftlich verwerten lassen. Nicht erforderlich ist, dass es sich dabei um Bestandteile des eigentlichen Güterangebots handelt. Vielmehr findet das Gesetz auch Anwendung auf Hilfsprodukte, die den Absatz in irgendeiner Form fördern und dadurch einen wirtschaftlichen Zweck erfüllen (Werbegeschenke, Werbeaufsteller).

Muster und Modelle werden nur geschützt, wenn es sich um Formschöpfungen handelt, die sich von allen andern bekannten Formen beim ersten Hinsehen deutlich unterscheiden[111]. Der Hinterleger (oder sein Rechtsvorgänger) muss somit die Form selber geschaffen haben; er darf sie nicht bloss dem Vorrat an bekannten Formen entnommen haben. Auch darf die neue ästhetische Wirkung nicht ausschliesslich dem verwendeten Material zu verdanken sein[112]. Der Urheber darf sich zwar an bestehende Vorbilder anlehnen. Er muss das schutzfähige Muster aber so gestalten, dass es eine gewisse Eigenart aufweist und sofort als vom vorher Bekannten verschieden erkannt wird. Diese augenscheinliche Verschiedenheit, durch die sich neu geschaffene Formen auszeichnen müssen, bedingt aber stets ein ge-

106 Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900.

107 Vgl. dazu Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 514 ff.; Blum R., Patentrecht, Marken-, Muster- und Modellschutz, 2. Auflage, Zürich 1965, S. 93 ff.

108 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 520 ff.; Blum R., a.a.O., S. 94.

109 BGE 95 II 473.

110 BGE 99 Ib 344; ein Benutzungszwang besteht nicht. Die Muster und Modelle können deshalb auch als Vorbild für die Anfertigung eines Einzelstückes dienen. Ebenfalls zulässig sind Vorrats- und Defensivmuster. Vgl. Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 517 f.

111 Entscheidend ist dabei die Ansicht der Abnehmer, die das Muster als Ganzes auf sich wirken lassen, ohne es analysierend zu betrachten (BGE 83 II 484 f.).

112 BGE 92 II 206: Verwendung eines Tapetenmusters für ein Stoffdessin.

wisses Mass an Originalität und damit auch eine schöpferische Leistung des Urhebers[113] [114]. Im Gegensatz zum urheberrechtlich geschützten Werk muss sich die neue Form nicht durch ihre statistische Einmaligkeit auszeichnen. Es genügt vielmehr eine Variation bestehender Formen, durch die zwar ein neues Gebilde entsteht, das aber auch von einem andern gleich oder ähnlich hätte hervorgebracht werden können.

Der Rechtsschutz setzt überdies *formelle Neuheit* des Musters oder Modells voraus, was heissen will, dass es zur Zeit der Hinterlegung weder dem Publikum noch den beteiligten Verkehrskreisen bekannt sein darf[115]. Die so definierte Neuheit wird aber nicht schon dadurch in Frage gestellt, dass einige wenige die Muster zu Gesicht bekommen. Denn Bekanntheit setzt voraus, dass die Betrachter das Geschmacksmuster so im Gedächtnis behalten können, dass sie es ausführen d.h. wirtschaftlich verwerten könnten[116]. Darüber hinaus müssten die Muster einer Mehrzahl von Angehörigen der im Gesetz genannten Gruppen bekannt sein. Die Kenntnis einzelner oder weniger genügt nur in Ausnahmefällen, nämlich dann, wenn diese einen wesentlichen Prozentsatz des relevanten Interessentenkreises ausmachen[117].

Während der Schutzdauer (höchstens 15 Jahre) darf niemand ohne Erlaubnis des Urhebers oder seines Rechtsnachfolgers die rechtmässig hinterlegten Geschmacksmuster zum Zweck der Verbreitung oder gewerbsmässigen Verwertung benutzen[118]. Wird in dieser Zeitspanne ein rechtsgültig hinterlegtes Muster oder Modell nachgemacht oder nachgeahmt (also unter Benutzung der wesentlichen Elemente nachgebildet), so dass die Verschiedenartigkeit nur bei einem sorgfältigen Vergleich wahrgenommen werden kann, greifen die in Art. 24 ff. vorgesehenen zivil- und strafrechtlichen Sanktionen ein[119]. Das MMG schützt aber nicht nur gegen eine wider-

113 Dazu eingehend: Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 529 ff.; Blum R., a.a.O., S. 97.

114 Das Gesetz lässt es bei der formellen Neuheit bewenden; es enthält keinerlei Forderung, dass die Muster und Modelle Ausdruck einer schöpferischen Idee sein müssen. "Aus der Stellung des MMG im ganzen Rechtsgefüge, insbesondere als Spezialgesetz des gewerblichen Rechtsschutzes und Immaterialgüterrecht, dürfte aber zu entnehmen sein, dass tatsächlich dem schöpferischen Moment eine wesentliche Rolle zuerkannt werden muss, bzw. dass der Rechtsschutz der Muster und Modelle seine letzte Rechtfertigung in dieser Anforderung findet." Blum R., a.a.O., S. 97; vgl. auch BGE 86 II 658.

115 Art. 12 Ziff. 1 MMG;
Unter Publikum sind die Abnehmer, unter den beteiligten Verkehrskreisen diejenigen Personen zu verstehen, die derartige Muster herstellen oder mit ihnen Handel treiben. Vgl. Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 540; ähnlich Blum R., a.a.O., S. 96.

116 BGE 57 II 379.

117 Blum R., a.a.O., S. 96; BGE 29 II 368; 54 II 62.

118 Art. 5 Abs. 2 MMG.

119 Geringfügige Veränderungen (weglassen, hinzufügen nebensächlicher Elemente) sind unbeachtlich. Auch eine blosse Farbänderung gilt – sofern die Farbe nicht das charakteristische Merkmal ist – nicht als Verschiedenheit (Art. 24 Ziff. 1 MMG). Massgeblich ist der Gesamteindruck, wobei das Urteil der letzten Abnehmer (und damit das Mass ihrer Aufmerksamkeit) entscheidet (BGE 83 II 480 ff.).

rechtliche Herstellung; ähnlich wie das Patentgesetz stellt es auch das Verkaufen, Feilhalten und Inverkehrbringen widerrechtlich angefertigter Muster und Modelle unter Strafe[120]. Der Berechtigte hat mit andern Worten ein ausschliessliches Recht an den von ihm (bzw. seinem Rechtsvorgänger) hinterlegten Formen. Dadurch kann die Leistungsgestaltung und die Innovationstätigkeit der Konkurrenten nachhaltig beschränkt werden.

Im Bankengewerbe kommt dem beschriebenen Ausschliesslichkeitsrecht als Schranke des Marketings keine allzu grosse Bedeutung zu, da das Angebot vorwiegend aus unkörperlichen Dienstleistungen besteht, von denen weder Muster noch Modelle angefertigt werden können. Soweit die Bankangebote in körperlichen Gegenständen bestehen (z.B. Münzen, Edelmetall), liegen diese bereits in vorgeformter Gestalt vor, auf die die Anbieter keinen Einfluss nehmen können. Der bestehende Schutz ästhetischer Formen kann daher den Einsatz des absatzpolitischen Instrumentariums nur am Rande berühren[121]. Immerhin sind einige Dienstleistungen des Banksortiments mit körperlichen Erscheinungen verknüpft, die allenfalls eine besondere Ausgestaltung erfahren können und daher dem Muster- und Modellschutz zugänglich sind. Mit Ausnahme der Sparbüchsen (z.B. Sparkugel des Schweizerischen Bankvereins), sind diese aber weitgehend durch die Funktion bestimmt (z.B. Checkhefte, Sparhefte) und lassen sich nur in engen Grenzen variieren (z.B. graphische Gestaltung). Bedeutende Marktvorsprünge, die durch den Muster- und Modellschutz abgesichert werden könnten, lassen sich in diesen Bereichen jedenfalls nicht realisieren.

7.4. Markenrecht

Die Marke erfüllt in einer arbeitsteiligen Wirtschaft eine Reihe äusserst wichtiger Funktionen, die letztlich alle in der fehlenden bzw. ungenügenden Markttransparenz wurzeln, welche dem Prozess des Güteraustausches auf unvollkommenen Märkten eigen ist (Unterscheidungs- oder Individualisierungsfunktion, Herkunftsfunktion, Qualitätsfunktion, Werbefunktion)[122].

Dementsprechend stellt die Marke einen hohen finanziellen Wert dar. Der Unternehmer, der sie geschaffen und mit grossen Investitionen bekannt gemacht hat,

120 Art. 24 Ziff. 2 MMG; Im Gegensatz zum Patentrecht wird auch der Import solcher Geschmacksmuster bestraft.

121 Z.B. der Schutz der eigens für einen bestimmten Anbieter hergestellten Werbehilfen.

122 Vgl. zur Funktionenlehre: Schluep W.R., Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964, S. 67 ff.; Loewenheim U., Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, Bad Homburg 1970, S. 225 ff.; Sack R., Die rechtlichen Funktionen des Warenzeichens, GRUR 1972, S. 404 ff.; 445 ff.; Vanzetti A., Funktion und Rechtsnatur der Marke, GRUR Int. 1965, S. 128 ff.; Holzapfel H.F., Die rechtliche Bedeutung des Gebrauchs von Fabrik- und Handelsmarken, Berner Diss., Winterthur 1958, S. 9 ff; und neuerdings Beier/Krieger, Wirtschaftliche Bedeutung, Funktionen und Zweck der Marke, GRUR Int. 1976., S. 125 ff.; Heydt L., Zur Funktion der Marke, GRUR Int. 1976, S. 339 ff.

ist in höchstem Masse daran interessiert, sie zu schützen, damit die mit ihr verknüpften Vorstellungen nur seinen Produkten und nicht denjenigen seiner Konkurrenten zugute kommen. Das gilt grundsätzlich auch für die Kreditinstitute. Denn auch sie versehen ihre Leistungen mit möglichst einprägsamen Zeichen, um sich dadurch einen Marktvorsprung zu sichern. Im Gegensatz zur Konsum- und Investitionsgüterindustrie treten ihre Marken aber nicht mit dem Produkt selbst (oder seiner Verpackung) in Erscheinung. Die Dienstleistungsunternehmen können ihre Kennzeichen – wegen der Unkörperlichkeit ihrer Leistungen einzig in der Marktbearbeitung (und da vor allem in der Werbung und Verkaufsförderung) zum Einsatz bringen. Trotz dieser beschränkten Einsatzmöglichkeit kann die Dienstleistungsmarke innerhalb des möglichen Operationsbereichs jedoch dieselben wirtschaftlichen Funktionen erfüllen wie die Kennzeichen von Konsum- und Investitionsgütern. Denn auch die in der Marktbearbeitung der Banken eingesetzte Marke dient letztlich dazu, die angebotenen Leistungen zu kennzeichnen, um sie von gleichen oder gleichartigen Leistungen anderer unterscheidbar zu machen. Diese im Dienste des Anbieters stehende Aufgabe erleichtert andererseits dem Nachfrager, das aus der Anonymität hervorgehobene, individualisierte Angebot einem bestimmten Unternehmen zuzuordnen oder zumindest als Teil eines umfassenden Leistungsprogramms zu erkennen. Unterscheidungs- und Herkunftsfunktion üben (auch bei Dienstleistungen) auf den Anbieter einen wirtschaftlichen Zwang zur Beibehaltung des Qualitätsniveaus aus. Ferner ermöglichen auch Dienstleistungsmarken dem Anbieter, die Erinnerungswirkung des Werbeimpulses[123] zu verstärken. Die Markierung könnte im Bankwesen besonders im Zusammenhang mit dem in neuerer Zeit festzustellenden Übergang von der ausschliesslichen Firmenwerbung zur Produktwerbung vermehrte Bedeutung erlangen. Heute werden zwar immer noch vorwiegend Firmenzeichen verwendet, um die angebotenen Leistungen als Sortimentsteil des Anbieters zu kennzeichnen (z.B. Bankverein: gekreuzte Schlüssel; Kreditanstalt: stilisiertes Kreuz). Es ist aber durchaus denkbar, dass künftig vermehrt auch einzelne Produkte oder Produktgruppen mit einer selbständigen Markierung versehen werden (z.B. Tele-Kredit der Bank Rohner).

Als Marken im Sinne des geltenden Markenschutzgesetzes (MSchG) gelten (neben Geschäftsfirmen)[124] Zeichen, welche zur Unterscheidung oder zur Feststellung der Herkunft gewerblicher und landwirtschaftlicher Erzeugnisse oder Waren dienen und auf diesen selbst oder deren Verpackung in beliebiger Weise angebracht sind (Art. 1). Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung haben aus dem Wortlaut des Art. 1 gefolgert, dass die Marke ein flächenhaftes, einheitliches, visuell wahrnehmbares und geschlossenes Zeichen sein müsse, das auf der Ware oder deren Ver-

123 Die Anziehungskraft einer Marke kann in ihrem Eigenwert begründet sein (Symbolkraft, Assoziationswirkung); sie kann aber auch durch intensive Werbung, in der die Marke als Werbekonstante in Erscheinung tritt (sozusagen künstlich) geschaffen werden.

124 Auch Geschäftsfirmen werden nur dann als Marken geschützt, wenn sie individualisierungsfähige Zeichen sind und markenmässig gebraucht werden.

packung angebracht sei[125]. Das Markenrecht schützt also de lege lata nicht alle Zeichen, die sich zur Kennzeichnung von Angebotsleistungen eignen. So scheiden beispielsweise dreidimensionale Zeichen, Gehör- und Geruchszeichen sowie die Formen der Ware und der Verpackung durch diese enge Definition als Nichtmarken aus. Das MSchG versagt durch die Verbindung des Zeichens mit Erzeugnissen oder Waren bzw. deren Verpackung aber insbesondere auch Dienstleistungsmarken seinen spezifischen Schutz. Dies, obwohl sie sich im wirtschaftlichen Verkehr als Kennzeichnungsmittel längst durchgesetzt haben und wie die übrigen Marken einen wirtschaftlichen Wert darstellen. Markierungen von Bankleistungen sind deshalb heute noch allein auf den Schutz des UWG angewiesen.

Die unbefriedigende Rechtslage soll durch die gegenwärtige Markenrechtsrevision eine Änderung erfahren, definiert doch der Vorentwurf zum neuen MSchG die Marke als "ein von Auge wahrnehmbares in sich geschlossenes Zeichen, das zur Kennzeichnung öffentlich angebotener Waren oder Dienstleistungen dient". Eine solche gegenüber der heutigen Fassung stark erweiterte Begriffsumschreibung führt zu einer begrüssenswerten Erweiterung des Schutzbereichs, von der nicht nur Dienstleistungsunternehmen profitieren werden. Durch die Lösung der Marke von Produkt und Verpackung wird sich nämlich der markenrechtliche Schutz in Zukunft nicht mehr bloss auf den sogenannten markenmässigen Gebrauch kennzeichnungsfähiger Zeichen beschränken. Es werden dadurch auch weitere Verwendungsmöglichkeiten miteinbezogen, denen der spezifische markenrechtliche Schutz bis anhin versagt blieb und die deshalb heute noch allein auf die wettbewerbsrechtlichen Sanktionen angewiesen sind (z.B. Benutzen der Marke in der Reklame, auf Drucksachen, Briefpapier oder Warenmustern)[126].

Die Marke begründet ein absolutes, also gegen jedermann gerichtetes Ausschliesslichkeitsrecht, das nach den Bestimmungen des geltenden Markenrechts durch Registereintrag *und* Gebrauch entsteht[127]. Einzig der Inhaber ist befugt, "die geschützte Marke in der Absicht des markenmässigen Gebrauchs herzustellen, sie für seine Erzeugnisse oder Waren zu verwenden und die derart gezeichneten Güter zu verkaufen, feilzuhalten und in den Verkehr zu bringen"[128] [129]. Nicht allen Zeichen, die grundsätzlich in der Lage wären, die wirtschaftlichen Funktionen von Marken

125 Vgl. dazu David H., Kommentar zum Schweizerischen Markenschutzgesetz, 3. Auflage, Basel und Stuttgart 1974, S. 68 f.; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 306.

126 Zur heutigen Rechtsprechung: BGE 92 II 263; 87 II 42; 88 II 34; Kritisch David H., Kommentar, S. 270.

127 Vgl. dazu: Schluep W.R., Markenrecht, S. 170 ff.; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 322 ff., 594; Holzapfel H.F., a.a.O., S. 22; BGE 63 II 124; 56 II 412.
Der VEMSchG gewährt das Vorrecht – entgegen dem geltenden Gesetz – generell dem Ersteintrager (Art. 4); dieser muss die Marke allerdings innerhalb von 5 Jahren gebrauchen, um sein Recht zu wahren (Art. 11). Diese Lösung bietet zwar grössere Rechtssicherheit, zwingt aber auch kleinere Unternehmen, jedes Zeichen vor dem Gebrauch zu registrieren, was administrativen Mehraufwand mit sich bringt.

128 Schluep W.R., Markenrecht, S. 214.

129 Die Nachmachung und die Nachahmung, die Verwendung einer fremden Marke für eigene Erzeugnisse und der Handel mit rechtswidrig gekennzeichneten Gütern zieht die in Art. 24 lit. a–c MSchG vorgesehenen zivil- und strafrechtlichen Sanktionen nach sich.

zu erfüllen, wird indessen der spezifisch markenrechtliche Schutz zuteil. Schutzunfähig sind insbesondere: öffentliche Wappen und andere Hoheitszeichen; sittenwidrige Zeichen; Zeichen, die Gemeingut sind; Zeichen, die absolute Rechte Dritter verletzen oder sonst rechtswidrig sind[130]. Aber auch dort, wo das Recht an der Marke entsteht, kann es keinen umfassenden Schutz bieten. Denn das Gesetz beschränkt die ausschliessliche Herrschaft auf diejenige Warenkategorie, für die die Marke eingetragen bzw. effektiv gebraucht wird. Für Produkte, die sich davon gänzlich unterscheiden, darf auf bestehende Kennzeichnungen zurückgegriffen werden[131]. Das kann eine Verwässerung bekannter Marken zur Folge haben, gegen die das Markenrecht de lege lata keine Sanktionsmöglichkeiten vorsieht.

Der Markenschutz ist zwar nicht – wie der Schutz der übrigen Immaterialgüterrechte – an eine zeitliche Höchstdauer gebunden. Das Gesetz kennt aber trotzdem eine gewisse zeitliche Begrenzung. Und zwar insofern, als nach Ablauf einer dreijährigen Frist die nichtgebrauchte Marke auf Klage einer interessierten Partei gelöscht werden kann (Art. 9 Abs. 1 MSchG). Bei einer nicht eingetragenen aber gebrauchten Marke erlischt das Vorrecht, wenn der Gebrauch während mehr als drei Jahren unterbrochen wird (BGE 93 II 50). Dies zwingt den Inhaber, seine Zeichen auch effektiv (markenmässig) einzusetzen. Eine Eintragung von Vorratszeichen ist deshalb nur bedingt möglich.

Der Umfang des markenrechtlichen Schutzes deckt sich nicht mit den eingangs dieses Abschnittes erwähnten wirtschaftlichen Funktionen. Das MSchG bietet nur zwei der tatsächlichen Markenfunktionen, nämlich der Unterscheidungs- und der Herkunftsfunktion, direkten Schutz. Die Qualitäts-[132] und die Werbefunktion[133] werden nur mittelbar (d.h. über die beiden andern) geschützt.

130 Schluep W.R., Markenrecht, S. 24 ff.

131 Z.B. Verwendung der Marke "Mercedes" sowohl für Automobile, als auch für Zigaretten.

132 Der Schutz der Qualitätsfunktion setzt voraus, dass das Gesetz dem Markeninhaber die Pflicht auferlegt, bei allen mit der Marke gekennzeichneten Produkten gewisse Qualitätsmerkmale einzuhalten (Vanzetti A., a.a.O., S. 134). Eine solche Verpflichtung (die konsequenterweise auch die subjektive Qualität umfassen müsste) fehlt im geltenden Markenrecht. Sie wäre auch kaum praktikabel (vgl. Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 305; Schluep W.R., Markenrecht, S. 343; Manser F., Die Entartung von Marken zu Freizeichen, St. Galler Diss. 1971, S. 16; eindeutig gegen einen direkten Schutz der Qualitätsfunktion auch BGE 86 II 277; 78 II 172). Das schliesst aber nicht aus, dass die Qualitätsfunktion nicht doch – über die Herkunftsfunktion – mittelbar einen gewissen Schutz geniesst. Die gleichbleibende Herkunftsstätte verbürgt zwar rechtlich keine konstante Qualitätsstufe. Faktisch wird sie dies jedoch in den allermeisten Fällen tun. Darüber hinaus wird durch die Garantie der gleichbleibenden Herkunft der Markenware sichergestellt, dass niemand ungehindert von Qualitätsvorstellungen profitieren kann, die das Publikum mit diesen verbindet. Insofern kann mit Recht von einem (teilweisen) indirekten Schutz der Qualitätsfunktion gesprochen werden.

133 Unsere Rechtsordnung kennt keinen umfassenden Schutz der Werbefunktion (vgl. dazu: Schluep W.R., Markenrecht, S. 346 ff.; Vanzetti A., a.a.O., S. 132, 138; Sack R., a.a.O., S. 451 f.). Das Bundesgericht hat zwar im BGE 86 II 271 (Philips) den Vermögenswert der eigenwertigen Marke anerkannt; es verweigerte ihm indessen den besonderen Schutz. Das heisst, die Anzeihungskraft der Marke wurde als beachtlicher Wirtschaftswert betrachtet, der aus Sorge um den freien Wettbewerb jedoch nicht dem Inhaber zur freien und alleinigen Benutzung überlassen werden dürfe. Da ein Zeichen seine Werbefunktion nur

Der unmittelbare rechtliche Schutz der Unterscheidungsfunktion ergibt sich aus der Tatsache, dass an einem Kennzeichen, dem die Individualisierungsfähigkeit gegenüber andern Marken fehlt, grundsätzlich kein Recht erworben werden kann. Denn allein die Unterscheidungskraft gegenüber allen andern Marken ermöglicht es der Marke, ihre Funktion, Güter zu individualisieren, nachzukommen. Wird die Unterscheidungskraft der Marke sichergestellt (Art. 6 MSchG), so wird auch ihre Fähigkeit, Güter zu individualisieren begründet und damit die Unterscheidungsfunktion rechtlich abgesichert. Die Unterscheidungskraft mangelt bei Zeichen, die im Gemeingebrauch stehen. Das sind Zeichen, die in irgendeiner Weise die Waren beschreiben (Beschaffenheitsangaben, Sachbezeichnungen)[134]; ferner Zeichen, die früher einmal unterscheidungsfähig waren, aber infolge des allgemeinen Gebrauchs zur Beschaffenheitsangabe degeneriert sind (Freizeichen)[135]; und schliesslich solche, die aus Zahlen und Buchstaben geformt sind, die normalerweise keine Unterscheidungskraft aufweisen[136]. Ausserdem fehlt sie bei Marken, die sich nicht oder nur ungenügend von älteren unterscheiden. Dies ist dann der Fall, wenn eine Marke, als Ganzes betrachtet, leicht zu Verwechslungen Anlass gibt (Art. 6 Abs. 2 MSchG). Massgebend für das Vorliegen der Kennzeichnungskraft ist immer der Gesamteindruck[137]. Dieser kann allerdings durch einzelne Bestandteile so stark beeinflusst werden, dass schon eine Nachahmung oder Nachmachung dieser Teile leicht zu Verwechslungen führen kann[138] [139].

ausüben kann, wenn es sich in genügendem Masse von den übrigen unterscheidet, diese Unterscheidungskraft aber auch Voraussetzung für den Schutz der Unterscheidungsfunktion ist, wird die Werbefunktion indirekt durch die Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 MSchG geschützt, wonach die zur Eintragung gelangenden Zeichen sich von den bereits eingetragenen in ihren wesentlichen Merkmalen zu unterscheiden haben. Aber auch die Herkunftfunktion trägt zum indirekten Schutz bei. Dies weil das Publikum mit dem Herkunftshinweis Vorstellungen verbindet, die gleichzeitig ein Werbeelement darstellen.

134 "Als Beschaffenheitsangaben, Sachbezeichnungen oder Deskriptivzeichen gelten Worte und Bilder, die ausschliesslich aus Zeichen oder Angaben bestehen die geeignet sind, im Verkehr die Art, Zusammensetzung, Qualität, Quantität, Bestimmung, den Gebrauchszweck, Ursprungsort oder die Zeit der Herstellung von Waren anzugeben, auf die sie sich beziehen" (Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 347).

135 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd.I, S. 356 ff.; Manser F., a.a.O., S. 47 ff.; BGE 94 II 46; 93 II 264; 90 II 263; 84 II 435. Auf der andern Seite kann ein im Gemeingebrauch stehendes Zeichen so lange und intensiv genutzt werden, dass es unterscheidungskräftig und damit auch markenfähig wird. Vgl. Holzapfel H.F., a.a.O., S. 29; BGE 77 II 326; 69 II 297; 59 II 160; 64 II 246 f.

136 Sie können schutzfähig werden, wenn sie in einer charakteristischen Form gestaltet sind, so dass dieser individuellen Formgebung Schutz zukommt (BGE 48 II 299). Eine Zahlen- oder Buchstabengruppe kann sich aber auch so stark im Verkehr durchgesetzt haben, dass die Abnehmer sofort an ein bestimmtes Unternehmen denken (z.B. BMW, BBC, 4711). Vgl. Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 367 f.

137 BGE 98 II 138; 92 II 275; 90 II 48; 88 II 376; 87 II 37.

138 Als leicht verwechselbar hat das Bundesgericht angesehen: "Elisabeth Arden" und "Arlem" (BGE 95 II 358); "Tobler-o-rum" und "Torero-Rum" (BGE 88 II 378 f.); "Valvoline" und "Havoline" (BGE 96 II 241 f.). Nicht als verwechselbar wurden erachtet: "Sihl" und "Cosil" (BGE 92 II 275); "POND'S" und "RESPOND" (BGE 97 II 80). Vgl. dazu ausführlich: Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 267 ff.

139 Die Unterscheidungskraft muss grundsätzlich so gross sein, dass der Interessent die markierten Produkte auseinanderhalten kann, auch wenn er sie nicht gleichzeitig nebeneinan-

Das Bundesgericht hat in konstanter Praxis das MSchG und dessen Art. 1 dahin ausgelegt, dass die Marke allein den Sinn habe, auf den Geschäftsbetrieb des Markeninhabers hinzuweisen[140]. Damit wird die Herkunftsfunktion allgemein als die der Marke wesenseigene Funktion betrachtet, deren völliges Verebben sie des materiellen Rechtsschutzes beraubt und zum Freizeichen werden lässt[141]. Dieser Herkunftshinweis ist aber nicht im Sinne einer konkreten Aussage über den Hersteller zu verstehen. Die Marke weist nur auf eine *gleichmässige Herkunft* hin; das heisst, sie ordnet die Erzeugnisse einer gleichbleibenden Produktionsstätte zu, die als solche grundsätzlich unbekannt bleiben kann. Diese gleichmässige Herkunft wird durch das in Art. 11 MSchG verankerte Prinzip der Bindung der Marke an den Geschäftsbetrieb garantiert.

Durch die Zulassung von Kollektivmarken (Art. 7bis MSchG), Konzernmarken (Art. 6bis MSchG) und Markenlizenzen[142] wird die Herkunftsfunktion zwar heute schon in die Defensive gedrängt; sie bleibt aber in ihrem Kern unangetastet[143]. Die erwähnten Rechtsinstitute, die eine Benutzung der gleichen Marke in zeitlichem Neben- und Nacheinander erlauben, führen indessen dazu, dass die gleichbleibende Herkunft in einem weiteren, übertragenen Sinn verstanden werden muss: Nicht nur der Verband und der Konzern sind als einheitliche Betriebsstätte anzusehen, sondern auch die durch die Lizenzierung bedingte wirtschaftliche Bindung, sofern Anleitung und Kontrolle so weit gehen, "dass die unternehmerische Leistung dem Lizenzgeber zuzurechnen ist und der Betrieb des Lizenznehmers objektiv wirtschaftlich zur blossen Betriebsstätte wird"[144].

der sieht. Dabei wird auf das Erinnerungsbild des Durchschnittkäufers und nicht etwa auf die Meinung des Zwischenhandels abgestellt. Vgl. BGE 95 II 194; 93 II 427; 87 II 37.

140 BGE 86 II 277; 78 II 172; 55 II 65; 84 IV 119;
Der Parallelimport, also der Import im Ausland hergestellter Produkte durch andere Personen als den inländischen Markeninhaber wird vom Bundesgericht zugelassen, wenn das Publikum dadurch nicht über die Herkunft getäuscht wird. Wenn es also vom Markenzeichen auf die Herkunft aus dem Konzern und nicht auf die inländische Betriebsstätte desselben schliesst.

141 Manser F., a.a.O., S. 27.

142 Voraussetzung der Zulässigkeit der Markenlizenz ist eine enge wirtschaftliche Bindung zwischen Lizenznehmer und Lizenzgeber (BGE 52 II 80; 75 I 347) und das Erfordernis, dass eine Täuschung des Publikums über die Herkunft der Waren unterbleibt (BGE 72 II 426; 79 II 221). Diese beiden Grundsätze sind eng miteinander verbunden, denn die enge wirtschaftliche Bindung schafft eine einheitliche Herkunft und schliesst damit eine Täuschung des Publikums aus (Schluep W.R., Markenrecht, S. 188; Manser F., a.a.O., S. 26). Die enge wirtschaftliche Bindung setzt kein Beherrschungsverhältnis (Konzernverhältnis) voraus; es genügt beispielsweise, dass Massnahmen ergriffen werden, die eine qualitative Identität der Produkte sicherstellen (BGE 101 II 300; 61 II 62). Dazu gehört die Möglichkeit der Anleitung, Aufsicht und Kontrolle der Produktion seitens des Lizenzgebers. Die qualitative Identität schafft zwar in jedem Fall die wirtschaftliche Bindung. Sie ist aber trotzdem nicht unabdingbare Voraussetzung. Vielmehr können auch andere wirtschaftliche Beziehungen (namentlich ein Holdingsverhältnis) die Lizenz rechtfertigen (vgl. Schluep W.R., Markenrecht, S. 189).

143 Vgl. BGE 95 II 360; 86 II 279 f.; vgl. auch Schluep W.R., Markenrecht, S. 365; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 302 ff.; David H., Kommentar, S. 57 f.

144 Schluep W.R., Markenrecht, S. 344.

Der VE droht den Schutz der Herkunftsfunktion fallenzulassen[145], denn er versteht unter der Marke nicht mehr ein Herkunftszeichen, sondern ein blosses Kennzeichen. Nun ist aber zu bedenken, dass eine Unterscheidung nie Selbstzweck ist, sondern stets dazu dient, Elemente, die ein bestimmtes Merkmal aufweisen, von solchen, denen dieses fehlt, auseinanderzuhalten. Eine Kennzeichnung kann deshalb immer nur in Beziehung auf bestimmte Gegebenheiten einen Sinn haben. Voraussetzung einer Identifizierung und Differenzierung ist mit andern Worten jeweils das Vorliegen konstanter Identitätsmerkmale[146]. Als solches Identitätsmerkmal ist aber der Hinweis auf die konstante Herkunft geradezu prädestiniert. Dem Schutz der Herkunftsfunktion steht – wie VON BÜREN[147] dargelegt hat – auch die im VE fallengelassene Bindung der Marke an den Geschäftsbetrieb, für die tatsächlich ein gewisses Bedürfnis besteht, nicht unbedingt entgegen.

Wird auf die rechtliche Anerkennung des Herkunftshinweises verzichtet und unter der Marke nur noch ein Zeichen verstanden, das die Angebotsleistung kennzeichnet, mit der es in Erscheinung tritt, um diese von den nicht markierten zu unterscheiden, so bedeutet dies einen Schritt hin zum direkten Schutz der bis anhin nur mittelbar geschützten Werbefunktion und zur rechtlichen Anerkennung absatzpolitischer Interessen der Anbieter, denen der Rechtsschutz bisher versagt blieb (Sicherung des Alleinvertriebs, Ermöglichung von Produktdifferenzierungen)[148].

145 Diese Bedenken äussern: von Büren B., Aktuelle Fragen aus Wettbewerbs- und Markenrecht, SJZ 1970, S. 149 ff.; Spoendlin K., Verzicht auf präzise Definition der Marke?, SJZ 1969, S. 2.

146 Vanzetti A., a.a.O., S. 134; von Büren B., Aktuelle Fragen, S. 150; Spoendlin K., a.a.O., S. 2.

147 von Büren B., Aktuelle Fragen, S. 151 f.

148 In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass ein Markenrecht, das den Parallelimport von Waren die im Ausland vom (inländischen) Markeninhaber selbst oder wenigstens mit seiner Zustimmung in Verkehr gesetzt worden sind mit den Grundsätzen des freien Warenverkehrs (Art. 13, 20 des Freihandelsabkommens Schweiz/EWG) in Konflikt geraten und Reaktionen der Vertragspartner auslösen kann (vgl. Schluep W.R., Die markenrechtliche Rechtsprechung des EuGH aus schweizerischer Sicht, unveröffentlichtes Manuskript; Küchler R., Gewerbliche Schutzrechte und Freihandelsvertrag Schweiz EWG, ZSR 1975, I. Halbband, S. 177 ff.).

IV. KAPITEL

Die wettbewerbsrechtliche Ordnung des Bankmarketings

Der Rechtsordnung kommt die grundlegende Aufgabe zu, die Wirtschaft zu konstituieren, also festzulegen, nach welchen Prinzipien der Prozess der Bereitstellung und Verteilung knapper Güter ablaufen soll. Sie muss sich mit andern Worten zum Koordinationstypus der Wirtschaft äussern[1].

Die HGF allein stellt – entgegen einer anderslautenden Lehrmeinung – noch keinen endgültigen Entscheid zugunsten des Wettbewerbs dar, beschlägt sie doch ausschliesslich das Verhältnis des Bürgers zum Staat. Der Wirtschaftsprozess ist aber nicht nur staatlichen Eingriffen ausgesetzt; vielmehr bedrohen auch private Manipulationen seinen freiheitlichen und ungestörten Ablauf. Die Gewährung der HGF und besonders auch die Gestaltung einer freiheitlichen Privatrechtsordnung, die dem Wirken des Einzelnen weiten Raum lassen, stellen zwar bereits einen ersten Grundsatzentscheid zugunsten der Marktwirtschaft dar[2]. Paradoxerweise ermöglicht aber gerade die auf Vertrags- und Assozierungsfreiheit basierende Privatrechtsordnung, Schranken aufzubauen, die die Koordinierungs- und Steuerungsfunktion des Wettbewerbs beeinträchtigen. Dabei ist vor allem an vertragliche Abmachungen zu denken, die die Wettbewerbsfreiheit der Vertragspartner selber beschränken, aber auch zur Beschränkung der Freiheit Dritter (Boykott, Diskriminierung) eingesetzt werden können. Hierher gehört aber auch die übermässige Marktmacht, denn sie wird letztlich ebenfalls nur durch die privatrechtlichen Instrumente der Vertrags- und Assoziationsfreiheit ermöglicht. Besteht die Ansicht, dass der freie Wettbewerb ein grösstmögliches Mass an Freiheit und wirtschaftlichen Entwicklungsmöglichkeiten (und damit auch Wohlstand) mit sich bringt, wird also ein gewisses Mass an Wettbewerb als wünschbar angesehen und damit das System der freien Marktwirtschaft grundsätzlich bejaht, so muss die Wirtschaftsfreiheit des Einzelnen zurückgebunden werden. D.h. es müssen Normenkomplexe aufgebaut werden, die den durch die HGF und die Privatautonomie ermöglichten Wettbewerb auch gegen private Freiheitsbeeinträchtigungen schützen.

Neben den genannten Freiheits- und Funktionsbeeinträchtigungen durch private Eingriffe ist der Wettbewerb der latenten Gefahr ausgesetzt, dass sich die Konkurrenten im Kampf um Marktanteile bestimmter Mittel bedienen, die den Prinzipien eines fairen Wettbewerbs zuwiderlaufen. Dem Wettbewerb wohnt nämlich die Gefahr inne, zu überborden, zu einem Kampf um jeden Preis und mit allen Mitteln zu entarten. Da ein solcher Wettbewerb seiner wirtschaftlichen Funktion nicht mehr gerecht werden könnte und einer menschenwürdigen Wirtschaftsbetätigung entgegenstünde, sind auch Vorkehren zu treffen (also gewissermassen Spielregeln aufzustellen), die eine Entfaltung in geordneten Bahnen ermöglichen und damit die Lauterkeit sicherstellen.

1 Dazu grundlegend Schluep W.R., Was ist Wirtschaftsrecht?, in Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 80 ff.; vgl. auch Gygi F./Schluep W.R., Schweizerisches Wirtschaftsrecht, in Gerd Rinck (Hrsg.), Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt/Berlin 1971, S. 87 ff.

2 Merz H., Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit?, WuR 1966, S. 4.

Die Aufgaben des wettbewerblichen Freiheits- und Lauterkeitsschutzes werden in der schweizerischen Rechtsordnung vom BG über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) und vom BG über den unlauteren Wettbewerb (UWG) wahrgenommen. Die Konzeption des KG beruht auf zwei Grundprinzipien: dem persönlichkeitsrechtlichen Schutz der unternehmerischen Betätigungsfreiheit und der Gewährleistung des möglichen Wettbewerbs (unter näher zu beschreibenden Voraussetzungen)[3]. Das UWG versucht über eine Generalklausel und beispielhafte Spezialtatbestände bestimmte Wettbewerbsauswüchse (nämlich Massnahmen, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen) zu beseitigen.

Das KG und das UWG, die beide den Wettbewerb (wenn auch gegen andersgeartete Angriffe) schützen, bilden somit die tragenden Säulen unserer materiellen Wirtschaftsverfassung, die sich (in einem noch näher zu bestimmenden Umfang) zur freien Marktwirtschaft bekennt. Trotz der gemeinsamen Zielsetzung des Wettbewerbsschutzes bewirken diese beiden Gesetze eine Beschneidung des Aktionsspielraums einzelner Konkurrenten. Und zwar insofern, als die Wettbewerbe alle diejenigen marktpolitischen Massnahmen zu unterlassen haben, die zu einem Freiheitsverlust der Mitbewerber führen, den Wettbewerb aufheben oder den anständigen Sitten und Gebräuchen zuwiderlaufen.

8. Kartellrechtliche Ordnung

8.1. Geltungsbereich des KG

Das schweizerische Kartellgesetz ist anwendbar auf Kartelle und ähnliche Organisationen.

Als *Kartelle* im Sinne des Gesetzes gelten "Verträge, Beschlüsse oder rechtlich nicht erzwingbare Abreden, welche mittels gemeinsamer Beschränkung des Wettbewerbs den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beeinflussen oder zu beeinflussen geeignet sind, namentlich durch Regelung der Erzeugung, des Absatzes oder Bezuges von Waren sowie der Preise und Geschäftsbedingungen" (Art. 2 KG)[4] [5].

3 Dieser zweifachen Zielsetzung entspricht die Gliederung in einen zivil- und in einen verwaltungsrechtlichen Teil. Die beiden Leitlinien sind keineswegs antinomisch, wird doch durch die Gewährleistung der Wettbewerbsfreiheit das privatrechtliche Schutzgut der Wirtschaftsfreiheit geschützt und gleichzeitig die Voraussetzung geschaffen, damit sich ein im Gesamtinteresse erwünschter Wettbewerb entfalten kann (vgl. Merz H., Kartellrecht, S. 12 ff.; Baur J., Der Missbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972, S. 35).

4 Ihnen gleichgestellt sind Preisbindungen der zweiten Hand, sofern sie aufgrund einer Kartellbestimmung oder durch eine kartellähnliche Organisation auferlegt oder durchgesetzt werden (Art. 2 Abs. 2 KG).

5 Das Gesetz umfasst grundsätzlich alle Kartelle; es kennt (abgesehen von Vorkehren, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen) keine per se Ausnahmen. Weitere Beschränkungsbeispiele sind: Abmachungen über die Art der Preisberechnung, über Rabatte, Zins-

Zentrales Begriffsmerkmal des Kartells ist demnach die kollektive Beschränkung des Wettbewerbs auf Güter- und Dienstleistungsmärkten[6]. Das bedeutet einmal, dass eine Beschneidung der Entscheidungsbefugnis der Wettbewerber vorliegen muss; das heisst aber auch, dass diese Wirkung das Resultat eines gemeinsamen Vorgehens ist, also durch ein Zusammenwirken mehrerer erfolgt, die sich durch eine Gleichrichtung ihrer Interessen auszeichnen. Da diese Gemeinschaftlichkeit der Beschränkung begriffsnotwendig ist, scheiden Alleinvertriebsverträge und andere Individualverträge, durch welche einzelne Unternehmer verschiedener Wirtschaftsstufen gegenseitig je verschiedene Wettbewerbsbeschränkungen vereinbaren zum vornherein aus dem Kartellbegriff aus[7] [8]. Das KG verlangt ferner eine effektive oder potentielle Auswirkung der Wettbewerbsbeschränkung: Sie muss den "Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beeinflussen" oder doch wenigstens geeignet sein dies zu tun. D.h. die gemeinsame Wettbewerbsbeschränkung muss nicht nur darauf gerichtet sein, die Entschlussfreiheit der Wettbewerber durch das Abstimmen ihrer Aktivitäten einzuengen; sie muss auch objektiv in der Lage sein, einen gewissen Einfluss auf die Marktverhältnisse zu zeitigen. Da aber grundsätzlich jede Wettbewerbsbeschränkung auf eine Einengung der Handlungsalternativen der Marktgegenseite hinausläuft, ist auch jede derartige Operation marktbezogen und damit (abstrakt) zur Beeinflussung geeignet[9]. Als nicht rechtsrelevant scheiden lediglich diejenigen Wettbewerbsbeschränkungen aus, die keinerlei tatsächliche und praktische Auswirkungen auf die Marktgegenseite zu zeitigen vermögen. Dies ist im Prinzip dann der Fall, wenn sich die Absatzpartner, trotz Absprache, nicht anders verhalten, als wenn eine solche nicht bestehen würde[10].

Als Mittel der Wettbewerbsbeschränkung führt das Gesetz Verträge, Beschlüsse und rechtlich nicht erzwingbare Abreden an. Mit der Aufnahme der nicht erzwingbaren Abreden in die Legaldefinition wird dem Umstand Rechnung getragen, dass in der Wirklichkeit oft über Gentlemen's Agreements (Frühstückskartelle) Markteinfluss ausgeübt wird. Die Gleichsetzung solcher Absprachen mit Verträgen und Be-

sätze, Versicherungsprämien und Geschäftsbedingungen, über Produktionskontingente, die Aufteilung des Absatzes und über die Zulassung zu einem Beruf. Vgl. Botschaft, S. 20.

6 Schluep W.R., Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellrecht, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1975, S. 592 f.; Merz H., Das schweizerische Kartellgesetz, Grundlagen und Hauptprobleme, Bern 1967, S. 25; Kummer M., Der Begriff des Kartells, Bern 1966, S. 66; Schürmann L., Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, Zürich 1964, S. 34.

7 Merz H., Kartellgesetz, S. 26 f.

8 Vertikale Abreden unterstehen dem Kartellgesetz, sofern zumindest auf der einen Seite mehrere Partner beteiligt sind. Dabei gilt die vertikale Abrede – nach KUMMER nicht als eigentliches Kartell, wie die ältere Lehre noch angenommen hat, sondern als Vorkehr eines Kartells. Vgl. Kummer M., Der Begriff des Kartells, S. 78 ff. insbes. S. 91 ff.

9 Schluep W.R., Die Rule of Reason des amerikanischen Antitrustrechts und das schweizerische Kartellgesetz, WuR 1966, S. 66; Borchardt K./Fikentscher W., Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957, S. 29; Greminger W., Das Oligopol im schweizerischen Kartellgesetz, St. Galler Diss., Bern und Frankfurt 1971, S. 93.

10 Vgl. Sattler H., Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, NF Heft 348, Zürich 1970, S. 55.

schlüssen hat insofern Konsequenzen für die Auslegung der beiden letzteren Begriffe als diese nunmehr in einem umfassenden Sinn verstanden werden müssen und mithin alle rechtsgeschäftlichen Organisationsformen einschliessen. Denn wenn selbst eine rechtlich nicht erzwingbare Absprache als Organisationsgrundlage für ein Kartell genügt, kann es auf die Qualifikation einer durch Rechtspflichten verfestigten Bindung nicht ankommen[11].

Neben den Kartellen unterstehen dem Kartellgesetz auch die sog. *ähnlichen Organisationen*. Dieser Ausweitung des Geltungsbereichs liegt die Einsicht zugrunde, dass der Wettbewerb auch ohne eigentliche Abreden beschränkt werden kann. Als kartellähnliche Organisationen gelten, soweit sie den Markt für bestimmte Güter oder Dienstleistungen beherrschen oder massgeblich beeinflussen: einzelne Unternehmungen; Unternehmungen, die stillschweigend ihr Verhalten aufeinander abstimmen; Zusammenfassungen von Unternehmungen, die durch Kapitalbeteiligungen oder andere Mittel bewirkt sind (Art. 3 KG). Anknüpfungspunkt ist der *Markteinfluss*, der anders als bei den Kartellen (wo blosse Eignung genügt) nachgewiesen werden muss und der eine bestimmte Intensität aufzuweisen hat (massgebliche Beeinflussung), welche im Extremfall bis zur Beherrschung gehen kann. Abzuklären bleibt aufgrund dieser Ausgangslage, wie stark diese Marktmacht sein muss, damit sie sich vom Markteinfluss der Kartelle unterscheidet und das erforderliche Tatbestandsmerkmal erfüllt. Dazu ist es notwendig, vorerst den relevanten Markt abzustecken, auf dem der Einfluss gemessen werden kann[12].

Die herrschende Lehre will den *Begriff des Marktes* so weit fassen, dass jedes Aufeinandertreffen von Angebot und Nachfrage mit identischer gegenständlicher Umschreibung unter das Gesetz fällt[13]. Demnach wird jeder Markt, sei er nun gattungsmässig enger oder weiter bestimmt, als der in Art. 3 KG vorausgesetzte "Markt für bestimmte Waren oder Leistungen" verstanden. Der Vorteil dieser Ansicht liegt darin, dass sich der Richter nicht um das schwierige Problem der Marktabgrenzung kümmern muss und die Frage der Substituierbarkeit erst unter dem Gesichtspunkt der Erheblichkeit einer Behinderung prüfen kann[14]. Es ist zwar durchaus richtig, dass bei der Ausmessung des Marktes grosszügig vorgegangen werden kann, zieht doch die Unterstellung unter das KG noch keine Rechtsfolgen nach sich. Die von der Literatur vertretene Ausweitung des Marktbegriffs führt aber, angesichts fortschreitender Produktdifferenzierung (Schaffung rein image-begründeter Präferenzen; laufende Entwicklung weiterer Zusatz- und Nebenleistungen) letztlich dazu, dass für

11 Kummer M., Der Begriff des Kartells, S. 2.

12 Vgl. dazu Schluep W.R., Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, WuR 1969, S. 198 ff.; Allemann H., Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmungen, WuR 1965, S. 236 f.

13 Vgl. Merz H., Kartellgesetz, S. 30 mit anschaulichen Beispielen; Koller A., Die Rechtsprechung zum Kartellgesetz, in Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 111; Schürmann L., Die Durchführung des Kartellgesetzes, WuR 1969, S. 68 f.; vgl. auch Allemann H., Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmungen, S. 236 f.

14 Merz H., Kartellgesetz, S. 32; Koller A., in Festschrift Hug, S. 112; Schürmann L., Die Durchführung, S. 69; Kummer M., Der Begriff des Kartells, S. 76 f.

jede Unternehmung ein Markt entsteht, so dass dem KG – entgegen dem Wortlaut von Art. 3 – schliesslich alle Unternehmungen unterstellt werden müssen[15]. Es ist deshalb notwendig, den Markt über den effektiven Tausch hinaus zu erweitern. Das kann nur dadurch geschehen, dass auf die *Artgleichheit oder Artähnlichkeit*[16] der Angebotsleistungen oder auf ihre *funktionelle Austauschbarkeit*[17] (in bezug auf ihre Fähigkeit bestimmte Bedürfnisse zu befriedigen) abgestellt wird. Konkret bedeutet das, dass das Problem der Substituierbarkeit bereits bei der Abgrenzung des Geltungsbereichs angegangen werden muss, was aber keineswegs ausschliesst, es bei der Prüfung der Erheblichkeit – unter besonderer Berücksichtigung persönlichkeitsrechtlicher Aspekte – nochmals zur Sprache zu bringen[18].

Ein Markteinfluss von gesteigerter Intensität liegt vor, wenn eine Unternehmung aufgrund ihrer Marktstellung in der Lage ist, den Inhalt von Angebot und Nachfrage zu verändern, wenn sie also ihren Marktpartnern Bedingungen vorschlagen kann, die ohne Marktmacht nicht möglich wären[19]. Der gesteigerte Markteinfluss hat also stets eine Einschränkung des Handlungsspielraums der Gegenseite in Gestalt einer Beschränkung der den Kunden offenstehenden Alternativen zur Folge[20]. Marktbeherrschung und massgeblicher Einfluss unterscheiden sich nicht in ihrer prinzipiellen Wirkungsart, sondern lediglich in ihrer Wirkungsintensität; die *Marktbeherrschung* ist ein Grenzfall der *Marktbeeinflussung.* Hier stehen den Absatzpartnern bei der Planung ihrer Nachfrage überhaupt keine Alternativen mehr zur Auswahl, so dass sie sich bloss noch entscheiden können, das Angebot zu akzeptieren oder auf das Gut überhaupt zu verzichten. Die Intensität der Marktmacht kann aber aus praktischen Gründen nicht an ihrer Wirkung auf die Marktgegenseite gemessen werden, obwohl dem Problem der Beherrschung auf diese Weise relativ einfach beizukommen wäre. Denn der massgebliche Einfluss liesse sich bei einem solchen Vorgehen nur aufgrund einer Bewertung ermitteln[21]; es müsste mit andern Worten ein Massstab gefunden werden, der erlauben würde, den gesteigerten Markteinfluss der ähnlichen Organisation vom normalen Markteinfluss, wie er bei den Kartellen verlangt wird, abzugrenzen[22]. Diese Schwierigkeit kann dadurch umgangen werden,

15 Schluep W.R., Kontrahierungspflicht, S. 197 f.
16 Schluep W.R., Kontrahierungspflicht, S. 198.
17 Borchardt K./Fikentscher W., a.a.O., S. 54 ff.; Sattler H., a.a.O., S. 48 f.; Bartholomeyczik H., in: Gemeinschaftskommentar, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1963, § 22 Anm. 18, 21 ff.
18 Schluep W.R., Kontrahierungspflicht, S. 200.
19 Merz H., Kartellgesetz, S. 31.
20 Schluep W.R., Die Rule of Reason, S. 67.
21 Schluep W.R., Die Rule of Reason, S. 67.
22 Nach Ansicht der Lehre beweist derjenige, der eine Wettbewerbsbehinderung praktiziert, dass er über Marktmacht verfügt. Die herrschende Lehre geht deshalb sofort die Frage an, ob eine Vorkehr vorliege, welche eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung bewirkt. Bei Vorliegen einer anwendungsbegründenden Wettbewerbsbehinderung wird dann ohne weiteres auf die geltungsbegründende Marktmacht geschlossen (Vgl. Merz H., Kartellgesetz, S. 31; Allemann H., Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmung, S. 236 f.; Gut H., Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbehindernder Vorkehren, Zürich 1973, S. 175; Drohlshammer J., Marktmächtige Unternehmen im Kartellgesetz, Zürcher Diss. 1975, S. 237 ff.). Gegen

dass das Problem von der andern Marktseite (also von der Seite der Wettbewerber) angegangen wird. Hier bieten sich als Anknüpfungspunkte für die Einflussmessung grundsätzlich die Marktstellung[23] und das Marktverhalten[24] an. Ein Abstellen auf die *Marktstellung* würde sich dann aufdrängen, wenn es ein Kriterium gäbe, von dem zuverlässig und zweifelsfrei auf die Marktmacht geschlossen werden könnte. Es gibt zwar wirtschaftliche Grössen, die auf einen gesteigerten Markteinfluss hinweisen können, wie Marktanteil, Unternehmungsgrösse, Anzahl der Wettbewerber[25]. Ein allgemeingültiges ökonomisches Kriterium, das den Einfluss endgültig und unzweifelhaft widerspiegelt, existiert aber nicht, da keine genügende Korrelation zwischen der Marktmacht und den genannten Einzelgrössen besteht[26]. Demgegenüber wird beim *Marktverhalten* direkt darauf abgestellt, wie stark die Unternehmung bei ihrer Planung Rücksicht auf die Reaktionen ihrer Mitbewerber nehmen muss[27] [28]. Der Markteinfluss wird hier also unmittelbar aus dem Geschäftsgebaren und nicht mehr aus Zuständen abgeleitet. Dadurch wird die Rechtsanwendung wesentlich erleichtert. Der Vorteil dieses Ansatzes liegt aber nicht nur in seiner Praktikabilität, sondern ebensosehr in seiner Zuverlässigkeit. Denn durch ihr Planungsverhalten bringt die Unternehmung (die die betreffenden Marktverhältnisse wohl am besten kennt) selbst zum Ausdruck, wie sie ihre Marktmacht einschätzt. Plant sie autonom, so zeigt sie, dass sie den Markt beherrscht oder doch massgeblich beeinflusst. Eine Anknüpfung am Marktverhalten führt zwar zu einer Einengung des Geltungsbereichs des Gesetzes auf materielle Beschränkungen, indem an sich marktmächtige Unternehmungen, die von ihrer besonderen Stellung keinen Gebrauch machen, nicht erfasst werden. SCHLUEP[29] hat aber, unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte und die Materialien, nachgewiesen, dass eine solche Verengung des Geltungsbereichs sich durchaus vertreten lässt.

diese Verkürzung der Problematik wendet sich Schluep (Kontrahierungszwang, S. 198 ff.). Seiner Meinung nach genügen die Zweifel daran, dass wettbewerbsbehindernde Vorkehren ausnahmslos auf Marktmacht gründen, um der Systematik des Gesetzes zu folgen. Diesen Bedenken hat sich die Kartellkommission grundsätzlich angeschlossen (VKK 1976, S. 165). Trotzdem hat sie im AMIDRO-Gutachten unmittelbar geprüft, ob eine erhebliche Behinderung vorliege; allerdings in der Absicht bei Bejahung auf die Bedenken Schlueps zurückzukommen (VKK 1976, S. 165, 179).

23 Allemann H., Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmungen, S. 235.

24 Borchardt K./Fikentscher W., a.a.O., S. 72 ff.

25 Vgl. dazu Allemann H., Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmung, S. 223 ff.; Sattler H., a.a.O., S. 62 ff.

26 Allemann H., Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmung, S. 217 ff.; Vgl. auch VKK 1976, S. 164.

27 Schluep W.R., Die Rule of Reason, S. 67 f.

28 Die Kartellkommission nennt als Kriterien des Verhaltenstests das Planungsverhalten, die Wettbewerbsbehinderung und der unvereinbarte Wettbewerbsverzicht. Das Planungsverhalten hält sie nur für die Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung als aussagekräftig (VKK 1976, S. 164).

29 Schluep W.R., Die Rule of Reason, S. 68.

8.2. Die privatrechtlichen Bestimmungen

8.2.1. Der externe Kartellzwang

8.2.1.1. Das Verbot erheblicher Behinderungen und Wettbewerbsausschlüsse

Das schweizerische Kartellrecht ist nicht kartell- und konzentrationsfeindlich eingestellt. Es muss sich – ausgehend von der verfassungsmässigen Kompetenz, volkswirtschaftliche und sozial schädliche Auswirkungen der Kartelle und ähnlichen Organisationen zu bekämpfen darauf beschränken, Wirkungen zu werten. Deshalb zeitigt, wie bereits angedeutet, die Unterstellung unter das Kartellgesetz für den Betroffenen noch keinerlei Konsequenzen. Erst beim Vorliegen weiterer Tatbestandsmerkmale (erhebliche Behinderung bzw. Wettbewerbsausschluss) kann der Richter eingreifen.

Geschütztes Rechtsgut des privaten Kartellrechts ist nach allgemeiner Auffassung das *Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung*[30]. Die als Persönlichkeitsrecht zu betrachtende Befugnis, am freien Wettbewerb grundsätzlich ungehindert teilzunehmen, soll gegen Übergriffe durch Kartelle und ähnliche Organisationen geschützt werden. Damit wird Art. 27/28 ZGB im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung konkretisiert[31]. Diesem persönlichkeitsrechtlichen Verständnis entsprechend, erscheint eine Wettbewerbsbehinderung als widerrechtlich, weil sie ein absolutes Rechtsgut des Behinderten verletzt[32]. Nun ist aber allgemein anerkannt, dass auch absolut geschützte Rechtsgüter in der Regel nicht gegen sämtliche Eingriffe geschützt werden. Wie weit oder eng die Verteidigungslinien um ein Schutzgut gezogen sind, ist eben gerade bei den einzelnen Gesetzestatbeständen abzuklären[33]. So wird auch die Wettbewerbsfreiheit nicht tale quale geschützt. Behinderungen werden nur ins Recht gefasst, wenn sie eine gewisse Intensität aufweisen, also erheblich sind oder wenn das erfolgsqualifizierende Merkmal des Wettbewerbsausschlusses hinzutritt[34]. Unter *Behinderungen* sind Massnahmen zu verstehen, die einen Dritten daran hindern, seine eigenen Wirtschaftspläne in die Tat umzusetzen[35]. *Erheblich* sind diese Behinderungen, wenn sie *gezielte Vorkehren* sind, also eine Behinderung

30 Merz H., Kartellgesetz, S. 46; Schluep W.R., Kontrahierungspflicht, S. 206 f.; Koller A., in Festschrift Hug, S. 100; abweichend Schürmann L. (Die Durchführung, S. 79 f.), der den Wettbewerb als Schutzgut sieht.

31 Schluep W.R., Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S. 394; derselbe, Die Rule of Reason, S. 69; Merz H., Kartellgesetz, S. 46 f.

32 Merz H., Kartellgesetz, S. 46 f.; Koller A., in Festschrift Hug, S. 104 f.

33 Vgl. Schluep W.R., Kontrahierungspflicht, S. 206; missverständlich deshalb Merz (Kartellgesetz, S. 46 f.), der offenbar jede Wettbewerbsbehinderung als widerrechtlichen Eingriff versteht.

34 Wettbewerbsausschluss ist nichts anderes als erfolgsqualifizierte Behinderung; er unterscheidet sich also von der Behinderung einzig durch den Erfolg, nicht aber durch die Mittel. Dieser Extremfall der Behinderung setzt einen Monopolisten voraus, der über eine Marktleistung verfügt, die die Nachfrager nicht substituieren können oder wollen (vgl. Schluep W.R., Kontrahierungspflicht, S. 202 ff.).

35 Schluep W.R., Kontrahierungspflicht, S. 203.

bezwecken und mit tauglichen Mitteln anstreben[36]. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass auf unvollkommenen Märkten Wettbewerbsbeschränkungen systemimmanent sind. Wettbewerbseigene Eingriffe sollen aber nicht erfasst werden, denn das Kartellgesetz will ja die Betätigung der Kartelle und ähnlichen Organisationen nicht unterbinden, sondern lediglich Missbräuche bekämpfen. Die Erheblichkeit verlangt aber noch ein weiteres: Die gezielten Eingriffe müssen (dem Mass nach) *die Planungsfreiheit Dritter beeinträchtigen*[37]. Keine wesentliche Beeinträchtigung der Planungsfreiheit und deshalb keine Verletzung der wirtschaftlichen Persönlichkeit liegt bei geringfügigen und bei bloss vorübergehenden Einschränkungen vor[38]. Das bedeutet, dass auch Kartelle und ähnliche Organisationen zu Wettbewerbsbehinderungen geringfügiger oder vorübergehender Art berechtigt sind.

Das Bundesgericht hat die Intensität der Wettbewerbsbehinderungen nie an der Beeinträchtigung der Freiheit des Betroffenen gemessen; es ist vielmehr stets einer quantitativen Konzeption gefolgt und hat auf die Auswirkungen einer Vorkehr auf die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit abgestellt. Diese nicht unbestrittene Rechtsprechung hat die Konsequenz, dass ein Unternehmen mit breitem Sortiment bei einzelnen Marktleistungen grundsätzlich straflos boykottiert werden kann[39]. Im BGE 94 II 336 hat das Bundesgericht zwar festgestellt (allerdings ohne die quantitative Konzeption preiszugeben), dass das Kartellgesetz nach seinem Grundgedanken das Personlichkeitsrecht auf freien Wettbewerb (liberté de décision) schütze. Gleichzeitig hat es in diesem Entscheid anerkannt, dass grundsätzlich jede Behinderung dieser Freiheit als erheblich gewertet werden müsse, wenn sie nicht bloss geringfügige Unzukömmlichkeiten zur Folge habe, die ohne jede praktische Tragweite für die Entscheidungsfreiheit des Betroffenen seien. In seinen neusten Entscheiden hat es indessen den eingeschlagenen Weg verlassen und dem Recht des Aussenseiters auf ungehinderte Ausübung des Wettbewerbs das (grundsätzlich als gleichwertig einzustufende) Recht der Kartellmitglieder an der Durchsetzung einer Wettbewerbsordnung gegenübergestellt[40]. Das Bundesgericht bemisst die Erheblichkeit damit neuerdings als Reflex eines vermeintlichen Anspruchs auf Bewegungsfreiheit der Kartelle und ähnlichen Organisationen im Wirtschaftskampf[41]. Nach dieser Rechtsprechung besteht Erheblichkeit erst, wenn die Behinderung wettbewerbspolitisch relevante Gesichtspunkte des geschäftlichen Handelns berührt (Preise, Konditionen, Nebenleistungen etc.) und zudem fühlbare Auswirkungen auf die wirtschaftliche Gesamtsituation des betroffenen Unternehmens zeitigt[42].

36 Vgl. Schluep W.R., Kontrahierungspflicht, S. 207; Koller A., in Festschrift Hug, S. 101.
37 Schluep W.R., Kontrahierungspflicht, S. 207.
38 Koller A., in Festschrift Hug, S. 108; BGE 90 II 513; 91 II 318; 94 II 336.
39 Vgl. die Kritik bei Merz (Kartellgesetz, S. 44 ff.) und Koller (Festschrift Hug, S. 104 ff.).
40 BGE 98 II 373 f.; 99 II 232.
41 Kritisch Schluep W.R., Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, in Festschrift für Hugo Sieber, Bern/Stuttgart 1976, S. 124.
42 BGE 98 II 374; bestätigt in BGE 99 II 232.

8.2.1.2. Die Rechtfertigung erheblicher Behinderungen und Wettbewerbsausschlüsse

Das KG untersagt nicht alle als erheblich erkannten Wettbewerbsbehinderungen. Es enthält vielmehr eine Rechtfertigungsordnung, die private Eingriffe in den Wirtschaftsablauf ausnahmsweise und unter bestimmten Voraussetzungen gestattet. Gemäss Art. 5 KG sind erhebliche Wettbewerbsbehinderungen und der Wettbewerbsausschluss dann zulässig, wenn sie durch überwiegend schutzwürdige Interessen gerechtfertigt sind und die Freiheit des Wettbewerbs im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach Art und Durchführung nicht übermässig beeinträchtigen.

Erforderlich sind also vorerst faktische Interessen, die schutzwürdig, d.h. von der Rechtsordnung anerkannt sein müssen. Dies zwingt den Richter eine erste Wertung vorzunehmen; das Gesetz selber schliesst nur das ausschliesslich auf Fernhaltung neuer Wettbewerber gerichtete Interesse ausdrücklich aus[43]. Steht die Schutzwürdigkeit der Interessen fest, so sind sie den Interessen des Behinderten an der freien wirtschaftlichen Planung gegenüberzustellen. Nur wenn sie überwiegen, können sie eine an sich widerrechtliche Behinderung rechtfertigen (sofern die Verhältnismässigkeit des Eingriffs in bezug auf das angestrebte Ziel und nach der Art und Durchführung gewahrt ist). Damit wird die grundsätzlich in Art. 4 KG vollzogene Wertung, die der freien wirtschaftlichen Betätigung des Aussenseiters den Vorzug gibt, korrigiert, wenn sie sich im Blick auf die beteiligten Interessen als unhaltbar erweist.

Es ist versucht worden, diese Interessengewichtung unter Beschränkung auf rein zivile Erwägungen vorzunehmen[44]. Eine derartige Interpretation des Art. 5 KG verkennt, dass rein privatrechtliche Kriterien bei der Lösung des Konflikts versagen; der Interessenkollision zwischen Aussenseiter und Kartell (bzw. ähnlicher Organisation) kann nur unter Rekurs auf übergeordnete, im Prozess der Konkretisierung des Gemeinwohls formulierte Ziele beigekommen werden[45]. Decken sich diese Ziele mit den privaten Interessen des Kartells, so werden diese zwar im Reflex geschützt. Der Vorgang der Interessenabwägung spielt sich aber nur scheinbar auf privatrechtlicher Ebene ab. Art. 5 KG ist also nicht eine Konkretisierung des in Art. 28 ZGB verankerten Güterabwägungsverfahrens; er bildet vielmehr das Einfallstor für wirtschaftspolitische Entscheidungen und kann das in Art. 4 KG verankerte Recht der wirtschaftlichen Persönlichkeit aus wirtschaftspolitischen Erwägungen wieder aufheben[46]. Das Postulat des möglichen Wettbewerbs wird relativiert. Anders ausge-

43 Das Interesse des Kartells an einer Marktumfassung fällt deshalb als Rechtfertigungsgrund ausser Betracht. Vgl. Merz H., Kartellgesetz, S. 49; Schluep W.R., Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S. 396, Anm. 81.

44 Homburger E., Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, Basel 1970, S. 45, 68 f., 73.

45 Ausführlich Schluep W.R., Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., S. 597 f.; Biedenkopf K., Rechtsfragen der Konzentration, ZbJV 1972, S. 1 ff.

46 So enthalten die in Art. 5 KG beispielhaft aufgeführten Rechtfertigungsgründe durchwegs wirtschaftspolitische Ziele: lit. a) Gewährleistung des lauteren und unverfälschten Wettbewerbs; lit. b) Verwirklichung angemessener beruflicher und betrieblicher Voraussetzungen; lit. c) Förderung einer im Gesamtinteresse erwünschten Struktur eines Wirtschaftszweiges

drückt: Ein ausreichender bzw. möglicher Wettbewerb wird durch das private Kartellrecht nur solange geschützt, als die übergeordneten Ziele nicht durch eine andere Koordinationsform ("Selbstverwaltung der Wirtschaft") besser erreicht werden können[47]. Sind Kartelle und ähnliche Organisationen in der Lage, die aus dem Gemeinwohl abgeleiteten Ziele optimaler zu erreichen als dies durch die Konkurrenz der Fall wäre, so sind sie hinzunehmen, können also Wettbewerbsbehinderungen rechtfertigen.

Eine solche Korrektur der generell-abstrakten Wertung des Gesetzes drängt sich nur auf, wenn das dem Behinderten gegenüber angerufene Interesse mit den öffentlichen übereinstimmt[48]. Wird der freie Wettbewerb beeinträchtigt, so lässt sich dies lediglich durch Interessen rechtfertigen, die ihrerseits dem Gemeinwohl dienen[49]. Anderer Ansicht ist SCHÜRMANN; seines Erachtens genügt es, dass die Kartellinteressen den Gesamtinteressen nicht zuwiderlaufen; von zwei privaten Interessen sind seiner Meinung nach also jene schutzwürdiger, die mehr in Richtung des allgemeinen Interesses laufen, ohne damit in Übereinstimmung stehen zu müssen[50].

Das Bundesgericht forderte vorerst, die überwiegend schutzwürdigen Interessen eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation müssten positiv im Gesamtinteresse ("positivement dans l'intérêt général") liegen[51]. Diese Einschränkung hat das Gericht in seinen neueren Urteilen mit dem Hinweis, die positive Förderung des Gesamtinteresses sei (entgegen der Vorlage des Bundesrates) nicht Gesetz geworden, fallengelassen[52]. Es lässt nunmehr auch leicht überwiegende[53] Kartellinteressen genügen, die dem Gesamtinteresse nicht zuwiderlaufen, mit ihm also vereinbar sind[54]. Das Bundesgericht beruft sich in seinem Entscheid zwar auf HOMBURGER, so dass gefolgert werden könnte, es habe die These einer rein privaten Interessenabwägung übernommen. Doch forderte das Bundesgericht bereits im BGE 99 II 235, dass zum Interesse des Kartells an der Marktordnung ein zusätzliches "allgemeines Interesse volkswirtschaftlicher Art" hinzukomme, so dass eine Behinderung, wenn auch nicht im Gesamtinteresse, so doch "positiv im volkswirtschaftlichen Interesse liegen"[55]

oder Berufes; lit. d) Durchsetzung eines Kartells auf ausländischen Märkten; lit. e) Durchsetzung angemessener Preisbindungen der zweiten Hand, namentlich soweit sie nötig sind, um die Qualität der Ware oder den Kundendienst zu gewährleisten.

47 Schluep W.R., Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellrecht, S. 598 f.

48 Schluep W.R., Kontrahierungszwang, S. 216.

49 Merz H., Kartellgesetz, S. 50.

50 Schürmann L., Kommentar, S. 84.

51 BGE 94 II 339.

52 BGE 98 II 377; 99 II 235; 102 II 442.

53 Nach Ansicht des Bundesgerichts genügt ein leichtes überwiegendes Interesse, da die in der ursprünglichen Boykottrechtsprechung zur Rechtfertigung verlangten "offensichtlich überwiegenden Interessen, die auf keine andere Art und Weise wahrgenommen werden können" (BGE 86 II 378), nicht ins Gesetz übernommen wurden (BGE 98 II 377, 99 II 235).

54 BGE 98 II 376; 102 II 442.

55 Schluep W.R., Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, S. 124, Anm. 168.

muss. Damit wird unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die Interessenabwägung (in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre) nicht ausschliesslich im privatrechtlichen Raum zu vollziehen ist[56].

Ein *allgemeines volkswirtschaftliches Interesse* ist nur gegeben, wenn die autonome Koordination im Blick auf die übergeordneten wirtschaftspolitischen Ziele bessere Ergebnisse zeitigt als der Wettbewerb. Um ein solches Übergewicht nachzuweisen, müssen die Ergebnisse verschiedener Koordinationstypen einander gegenübergestellt werden; die gegebenen Marktergebnisse bei Wettbewerbsbeschränkungen müssen demnach mit den (hypothetischen) Ergebnissen bei freier Konkurrenz verglichen werden[57]. Dabei muss das Gericht zwangsläufig mit Hypothesen arbeiten. Selbst wenn vor dem Inkrafttreten der zu beurteilenden Marktordnung ein Wettbewerbszustand geherrscht hat (also ein direkter Vergleich der Zustände möglich ist), muss das Gericht seinem Entscheid auch die hypothetisch zu erwartenden weiteren Entwicklungen zugrundelegen. Ein blosses Gegenüberstellen rein statischer Zustände könnte der Wirtschaft, die ein dynamischer Prozess ist, niemals gerecht werden[58]. Ein solcher Hypothesentest verlangt vom Richter ein grosses Mass an Verständnis für wirtschaftliche Zusammenhänge; er ist aber auch insofern problematisch, als er zu Entscheiden führt, die erfahrungsgemäss auf mit grossen Unsicherheiten behafteten Annahmen beruhen.

Aber selbst wenn die Kartellinteressen (oder die Interessen der ähnlichen Organisation) als überwiegend schutzwürdig anerkannt werden, sind Ziel, Art und Durchführung der wettbewerbsbehindernden Vorkehren unter dem Gesichtspunkt der *Verhältnismässigkeit* und *Subsidiarität* zu untersuchen[59]. Das bedeutet, dass Eingriffe in das Rechtsgut der Wettbewerbsfreiheit weder nach dem Mittel noch nach dessen Anwendung über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung des Zweckes, der sie rechtfertigt, erforderlich ist (BGE 99 II 236). Welche Anforderungen an die Verhältnismässigkeit zu stellen sind, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls, namentlich nach dem Grund der Massnahmen und den damit verfolgten Interessen. "Je schwerwiegender die Behinderung ist, desto schwieriger die Rechtfertigung und umgekehrt. Nur leicht überwiegende Interessen rechtfertigen einen bloss geringfügigen Eingriff, triftige dagegen einen verhältnismässig schweren"[60].

Der schutzwürdige Zweck liegt regelmässig in der Durchsetzung der Marktordnung. Folgerichtig hat das Bundesgericht denn auch im BGE 91 II 41 festgestellt,

56 Schluep W.R., Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellrecht, S. 598, Anm. 131.

57 Falsch ist es indessen, die zu beurteilende Marktordnung einfach mit dem früheren Zustand vor der in Frage stehenden Kartellierung zu vergleichen, da bei einer solchen Gegenüberstellung (die das Bundesgericht im BGE 91 II 33 vorgenommen hat) stillschweigend davon ausgegangen wird, dass die früheren Marktverhältnisse durch freien Wettbewerb gekennzeichnet waren. Vgl. Koller A., in Festschrift Hug, S. 116 f.

58 Das hat das Bundesgericht in seinen früheren Entscheiden richtig gesehen. Vgl. BGE 91 II 33.

59 Vgl. dazu: Merz H., Kartellgesetz, S. 50 ff.; Schürmann L., Die Durchführung, S. 77; Deschenaux H., L'esprit de la loi fédéral sur les cartels, Festschrift Carry, Genève 1964, S. 193 ff.; BGE 91 II 33 ff.

60 BGE 99 II 236.

dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt sei, solange eine Massnahme nicht über dasjenige Mass hinausgehe, das nötig ist, um den innern Zusammenhang des Kartells zu sichern und eine Vorzugsstellung der Aussenseiter zu verhindern. Gehen die Eingriffe über diesen Zweck hinaus, d.h. streben sie eine Verdrängung oder Unterwerfung des Aussenseiters an, so sind sie rechtswidrig. Welches Ausmass an Behinderung nötig ist, kann indessen nur im Einzelfall beurteilt werden.

8.2.2. Der interne Kartellzwang

Das private Kartellrecht schützt nicht nur den Aussenseiter vor Wettbewerbsbehinderungen durch Kartelle und ähnliche Organisationen. Es gibt auch dem Kartellmitglied Möglichkeiten, sich gegen allzu weitgehende Beschränkungen seiner wettbewerblichen Bewegungsfreiheit zur Wehr zu setzen. Allerdings ist davon auszugehen, dass das KG die Massregelung der Kartellmitglieder (im Gegensatz zur Behinderung Dritter) grundsätzlich zulässt, sofern sich der Verpflichtete der Vorkehr zum voraus unterzogen hat[61]. Liegt eine schriftliche Zustimmung des Betroffenen zur Sanktionsordnung des Kartells vor, so sind wettbewerbsbehindernde Massnahmen im Sinne des Art. 4 KG zulässig, wenn diese Eingriffe den Wettbewerber im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach Art und Durchführung nicht übermässig beeinträchtigen (Art. 14 KG). Das Kartell muss im Gegensatz zu Art. 5 KG keine überwiegende schutzwürdige Interessen nachweisen. "Erst eine übermässige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Persönlichkeit im Verhältnis zum angestrebten Ziel macht die Massregelung unzulässig"[62]. Damit wird wie in Art. 5 KG auf die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Subsidiarität verwiesen. Art. 14 KG verlangt also einen differenzierten und abgestuften Einsatz der grundsätzlich zulässigen Sanktionen[63] und eine Beschränkung auf Eingriffe, die zur Erreichung des Ziels (Verwirklichung einer Marktordnung) unbedingt notwendig sind.

61 Neben der Zulässigkeit verhältnismässiger Massregelungsbehinderungen ist das Kartellinnenrecht beherrscht von den Grundsätzen des Formzwangs (Art. 11 KG – Schriftlichkeit), der richterlichen Befreiung von Behinderungen aus wichtigen Gründen (ex tunc; Art. 12 KG) und dem Verbot der übermässigen Erschwerung des Austritts (Art. 13 KG). Diese Bestimmungen dienen dazu, den Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit zu verstärken und die Bereitschaft zur Kartellbildung allgemein zu erschweren. Vgl. Schürmann L., Kommentar, S. 112.

62 Schürmann L., Kommentar, S. 132.

63 Merz H., Kartellgesetz, S. 88.

8.2.3. Die Anwendung der zivilrechtlichen Bestimmungen des Kartellrechts im Bankengewerbe

8.2.3.1. Die Bankenkartelle

Das schweizerische Bankwesen zeichnet sich durch einen *ausserordentlich hohen Kartellierungsgrad* aus. Praktisch jedes Bankinstitut wird in seinen Marketingaktivitäten durch eine Reihe kartellistischer Absprachen eingeschränkt. Es ist hier aber nicht der Ort, näher auf die einzelnen Kartelle einzutreten. Es kann auf die ausführliche Darstellung durch die Kartellkommission verwiesen werden[64]. Wir begnügen uns damit, einen kurzen Überblick über die Arten der bestehenden Kartellbindungen zu geben.

Die Kartellierung des Bankengewerbes spielt sich grundsätzlich auf drei Ebenen ab. Wir können unterscheiden: Kartelle im Rahmen des Dachverbandes der Banken, also der Schweizerischen Bankiervereinigung[65], solche der übrigen gesamtschweizerischen Verbände[66] und schliesslich Absprachen in den regionalen und lokalen Vereinigungen[67]. Daneben gibt es vor allem auf dem nationalen Markt einzelne Kar-

64 Vgl. VKK 1968, S. 266 ff.

65 Die Schweizerische Bankiervereinigung ist die Dachorganisation des gesamten Bank-, Kredit- und Finanzwesens. Ihr statuarischer Zweck besteht in erster Linie in der Wahrnehmung und Vertretung der Interessen und Rechte des schweizerischen Bankgewerbes. Zur Erreichung dieser Ziele nimmt die Bankiervereinigung Stellung zu Gesetzesvorlagen, welche das Bankgewerbe in seinen Interessen direkt oder indirekt berühren. Ferner betreibt sie Öffentlichkeitsarbeit zur Orientierung der Bevölkerung über Probleme des Bankgewerbes und über die Stellung und Funktion der Banken innerhalb der Wirtschaft. Schliesslich stellt sie Konventionen und Empfehlungen zur Förderung der Bestrebungen zur Vereinheitlichung der Geschäftspraktiken unter den Banken auf. Als Mitglieder können sowohl die einzelnen Banken als auch deren leitende Persönlichkeiten aufgenommen werden. Ausserhalb der Vereinigung stehen zur Zeit die Mitglieder des Verbandes Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute und der beiden Darlehenskassen-Verbände sowie einige nicht unbedeutende Institute wie die Migros Bank oder die Banque Romande.

66 Auf gesamtschweizerischer Ebene betätigen sich: der Verband Schweizerischer Kantonalbanken, der Verband Schweizerischer Regionalbanken und Sparkassen, die Vereinigung Schweizerischer Privatbankiers, der Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute, der Verband Schweizerischer Darlehenskassen, die Féderation Vaudoise des Caisses de Crédit Mutuel, der Verband der Auslandbanken in der Schweiz sowie der Verband Schweizerischer Holding- und Finanzgesellschaften.

67 Der Hauptzweck der regionalen und lokalen Organisationen besteht darin, Regeln und Usanzen für den betreffenden Platz oder die Region aufzustellen, Vereinbarungen über Zinssätze, Gebühren und Notenkurse abzuschliessen, die gegenseitige kollegiale Orientierung über allgemein interessierende Fragen zu fördern und gemeinsame Interessen auf lokaler und regionaler Ebene zu vertreten. Zudem werden durch solche Vereinigungen das lokale Emissionsgeschäft betrieben (Berner Banksyndikat) und Darlehenskonsortien zur gemeinsamen Finanzierung bestimmter grösserer Projekte geschaffen (L'Association des Banques du Canton de Fribourg). Den meisten dieser regionalen und lokalen Organisationen gehört die Mehrzahl der auf einem Platz oder in einer Region tätigen Institute an. Aber selbst wenn die in der Organisation vereinigten Banken zahlenmässig eine Minderheit darstellen, so umfassen sie in der Regel doch die wichtigsten Institute. Ein Grossteil dieser Bankvereinigungen ist in die Rechtsform des Vereins gekleidet. Daneben bestehen aber lose Verbindungen, die über keine eigentliche Organisation verfügen (z.B. Solothurn, Thurgau, Graubünden).

telle, die ausserhalb der bestehenden Verbände angesiedelt sind (z.B. Emissionskonsortium schweizerischer Banken)[68] [69].

Die Bankkartelle lassen sich generell in Preiskartelle (Zins-, Gebühren-, Wechselkurskartelle), Kostenbeschränkungskartelle und Quotenkartelle gliedern. Grösste Bedeutung kommt dabei den *Preiskartellen* zu. Sie verfolgen primär den Zweck, die bei Oligopolen bestehende Unsicherheit und die Wahrscheinlichkeit eines Preiskampfes zu vermindern und den Banken eine (unter ihrem Blickwinkel) angemessene Gewinnmarge zu sichern. Die Preiskartelle enthalten im allgemeinen keine fixen Preise. Sie begnügen sich vielmehr mit Minimal- bzw. Maximalsätzen. Die reinen Zinskartelle beschränken sich überdies in der Regel auf die Festlegung von Mindestsätzen im Aktivgeschäft[70]. Verschiedene regionale Konventionen beziehen jedoch auch die Passivzinse mit ein (Höchstsätze) und sichern damit die Zinsmarge beidseitig ab.

Die Preiskartelle werden ergänzt durch *Kostenbeschränkungskartelle.* Sie dienen einerseits dazu, die Effektivität der Kreditinstitute zu erhöhen, indem sie einen optimalen Einsatz der finanziellen und personellen Mittel gewährleisten und die Qualität des Dienstleistungsangebots allgemein steigern. Andererseits werden sie eingesetzt, um die Anwendung bestimmter Marketingmittel (beispielsweise der TV-Werbung, Zugaben etc.) zu beschränken. Dies deshalb, weil auf oligopolistischen Märkten – besonders wenn der Preiswettbewerb ausgeschlossen wird – mit einem

68 Dem in die Rechtform einer einfachen Gesellschaft gekleideten *Emissionskonsortium schweizerischer Banken* (früher *Kartell schweizerischer Banken)* gehören neben den 5 Grossbanken, die Kantonalbanken von Bern sowie das Groupement des Banquiers Privés Genevois an. Der Tätigkeitsbereich des Kartells beschränkt sich auf die Begebung von Anleihen der öffentlichen Hand im Betrage von 6 Mio. Franken und mehr. Durch die gemeinsame Festübernahme und Plazierung von Anleihen des Bundes, der Bundesbahnen, der Kantone, Städte und Gemeinden sowie der Eisenbahngesellschaften (ohne Bergbahnen) soll die Leistungsfähigkeit des Kapitalmarktes gehoben werden, da die Übernahme einer Anleihe die Plazierungskraft eines einzelnen Instituts bei weitem übersteigen würde. Für Industrieanleihen werden von Fall zu Fall verschieden zusammengesetzte ad-hoc-Syndikate gebildet.
Für Emissionen der öffentlichen Hand, die den Betrag von 12 Mio. Franken übersteigen, besteht ein *Gemeinschaftssyndikat* des Kartells mit dem Verband Schweizerischer Kantonalbanken. Die einzelnen Mitglieder dieses Syndikats sind nach dem Vertrag zwischen dem Kartell und dem Kantonalbankenverband nicht verpflichtet, an einer Emission mitzuwirken, wenn sie mit den vereinbarten Bedingungen nicht einverstanden sind. Sie dürfen in einem solchen Fall aber auch keine Konkurrenzofferte unterbreiten. Die beiden Syndikate bezwekken, neben der Erhöhung der Plazierungskraft, eine Beschränkung der Konkurrenz im Emissionsgeschäft.
Schliesslich besteht zwischen dem Gemeinschaftssyndikat und der Schweizerischen Nationalbank ein weiteres Syndikat für die Festübernahme von Anleihen der Eidgenossenschaft und der Bundesbahnen. Seit kurzer Zeit gehört auch der Regionalbankenverband und die Gruppe deutschschweizerischer Privatbankiers dem Syndikat für Bundesanleihen an. Vgl. dazu auch: Hinter den Kulissen des Emissionsgeschäfts, NZZ Nr. 204 vom 1. September 1977, S. 19.

69 Schuster (S. 192 f.) erwähnt die vier folgenden Grundfunktionen der Bankenverbände: die Lobby-Funktion, die Partnerschafts-Funktion, die Image-Funktion und die Marktbeeinflussungsfunktion.

70 Die Gebührenkartelle enthalten in der Regel ebenfalls Mindestsätze. Daneben gibt es allerdings solche mit Höchstsätzen (z.B. Verrechnung von Inter-Bank-Leistungen); sie stellen genau genommen Kostenbeschränkungskartelle dar.

konzentrierten Einsatz dieser Mittel und gleichzeitig mit einer weitgehenden gegenseitigen Neutralisierung ihrer Wirkung zu rechnen ist.

Ebenfalls der Kostenbeschränkung dienen Bestrebungen, die darauf gerichtet sind, die Entwicklung neuer Sortimentsleistungen auf gemeinsame Einrichtungen zu verlagern.

Die Banken können überdies durch die Marktverhältnisse veranlasst werden, bestimmte Leistungen gemeinsam mit Konkurrenzinstituten zu erstellen (und dadurch den Wettbewerb zu beschränken), weil eine alleinige Durchführung des Geschäfts die Leistungsfähigkeit des einzelnen Instituts übersteigen würde[71]. Derartige Kartelle liegen beispielsweise bei der gemeinsamen Gewährung von Grosskrediten durch Konsortien vor. In die gleiche Kategorie des Zusammenwirkens gehören aber auch die verschiedenen nationalen und regionalen Emissionssyndikate, die Aktien und Anleihen fest übernehmen und nach einem vorgegebenen Schlüssel unter ihre Mitglieder zum Zweck der Plazierung verteilen *(Quotenkartelle)*[72]. Diese letztgenannten Syndikate unterteilen durch ihr Auftreten den Markt in zwei Teilbereiche: (1) in den Markt für die Beschaffung langfristiger Mittel, auf dem die Kreditinstitute den Grossunternehmen und den öffentlich-rechtlichen Körperschaften als Vertragspartner gegenübertreten; (2) in den Markt für langfristige Anlagen, auf dem (bei der Plazierung der Titel) die institutionellen Anleger und die breite Massenkundschaft angesprochen werden.

Grosse Bedeutung kommt ferner den informellen Kontakten inner- und ausserhalb der bestehenden Bankenverbände zu, bei denen auch das Marktverhalten koordiniert wird. Solche Kontakte finden praktisch auf allen Bankplätzen statt. Auf gesamtschweizerischer Ebene werden sie vor allem von den Grossbanken gepflegt. Sie können zu formellen Absprachen mit Rechtsverbindlichkeit führen (z.B. Vereinbarungen der Grossbanken, ad-hoc Syndikate); es können aber auch bloss rechtlich nicht verbindliche Übereinkommen (sog. Frühstückskartelle) resultieren. Die Bindung, auf der das gleichförmige Verhalten beruht, kann stärker oder schwächer sein, was im Einzelfall eine Abgrenzung zwischen diesen Kooperationsformen wesentlich erschwert. Sie hat aber keinerlei kartellrechtliche Konsequenzen, da beide dem KG gleichermassen unterstehen.

Neben den eigentlichen Konventionen spielen im Bankengewerbe auch die *Empfehlungen und Richtlinien* der Bankenverbände eine bedeutende Rolle. Durch sie wird versucht, das Geschäftsgebaren der angeschlossenen Institute in einer be-

71 Vgl. in diesem Zusammenhang die Beschränkung der Klumpenrisiken durch Art. 4bis BaG und Art. 21 VO zum BaG.

72 Beim Emissionskonsortium schweizerischer Banken sind die Beteiligungsquoten nach der Plazierungskraft der einzelnen Mitglieder bemessen. Demjenigen Institut, welches das Geschäft einbringt, wird eine Vorquote von 30% zugewiesen. Beim Gemeinschaftssyndikat des Emissionskonsortiums und des Kantonalbankenverbandes beträgt die Beteiligung des Emissionskonsortiums – nach Abzug einer Vorquote von 30% zugunsten des einbringenden Instituts und allfälliger gemeinsamer Unterbeteiligungen – je nach Art der Anleihe 67–70%; diejenige des Verbandes 30–33%. Vgl. dazu VKK 1968, S. 280 f.; Albisetti E./Rutschi E., Aktuelle wettbewerbspolitische Fragen im Bankengewerbe, in: Wettbewerbspolitik in der Schweiz, Festschrift Marbach, Bern und Stuttgart 1972, S. 152.

stimmten Richtung zu vereinheitlichen. Ein Teil dieser Richtlinien entfaltet rechtliche Verbindlichkeit; andere haben blossen Empfehlungscharakter. Die Bankiervereinigung unterscheidet beispielsweise zwischen Zirkularen, die von einer Aufforderung zur Unterschrift begleitet sind und solchen, die darauf verzichten[73]. Die in den erstgenannten Zirkularen enthaltenen Richtlinien gelten ohne weiteres als Kartellabsprachen, gibt doch der betreffende Unterzeichner durch seine Unterschrift in der Regel kund, dass er gewillt ist, die Bestimmungen einzuhalten und sich allfälligen Sanktionen zu unterwerfen. Selbst wenn mit der Unterzeichnung keine rechtlich durchsetzbaren Pflichten verbunden sind, sondern lediglich der Empfang der Empfehlungen bestätigt wird (keine Sanktionsordnung), muss ein allfällig gleichgerichtetes Verhalten, das seinen Ursprung in den Richtlinien hat, als Kartell gelten, da die weite Fassung des Kartellbegriffs auch rechtlich unverbindliche Absprachen miteinbezieht. Empfehlungen, deren Empfang schriftlich bestätigt wird, unterstehen daher zumindest als rechtlich unverbindliche Absprachen dem KG. Fraglich bleibt, ob auch die nicht zur Unterschrift unterbreiteten unverbindlichen Richtlinien Kartellcharakter haben können. Die Beantwortung dieser Frage nötigt zu einer Abgrenzung der rechtlich nicht erzwingbaren Abrede vom aufeinander abgestimmten Verhalten. Nach Auffassung KUMMERS[74] setzt eine unverbindliche Abrede voraus, dass die Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich erörtert wurde. Konkludentes Verhalten ist seiner Ansicht nach nur dann als Abrede zu qualifizieren, wenn ein Meinungsaustausch vorausgegangen ist, der zwar zu keiner Einigung führte, aber doch bewirkte, dass in der Folge das Besprochene durch faktisches Verhalten gebilligt wird. Die "nicht erzwingbare Abrede" setzt demnach stets eine Abrede im eigentlichen Wortsinn voraus. Die Kartellkommission hat sich offenbar dieser Lehrmeinung angeschlossen, hat sie doch das Befolgen der vom Sekretariat der Erdöl-Vereinigung publizierten Preisnotierungen bloss als stillschweigendes Verhalten gewertet[75]. Anderer Meinung ist MERZ[76], der das konkludente Verhalten aus dogmatischen Gründen wie im Vertragsrecht generell zur Abrede schlagen will. Diese Lösung ist vorzuziehen. Sie führt zwar zu Abgrenzungsproblemen, weil das stillschweigend aufeinander abgestimmte Verhalten mehr verlangt als blosses Parallelverhalten. Diese Schwierigkeiten rechtfertigen aber keine unterschiedliche kartellrechtliche Behandlung der Willensäusserung. Folgt man der Ansicht von MERZ, dann liegt bereits mit dem Befolgen der Richtlinien ein Kartell vor. Zieht man hingegen die Auffassung KUMMERS vor, so fallen die unverbindlichen Richtlinien und Empfehlungen des Bankengewerbes nicht unter den Kartellbegriff, da sie eben nicht erörtert, sondern einseitig von der Verbandsleitung festgelegt wurden und demzufolge nicht als Absprachen gelten. Werden sie aber trotzdem eingehalten, so liegt in der Folge ein stillschweigend aufeinander abgestimmtes Verhalten und damit – sofern Marktmacht gegeben ist – eine kartellähnliche Organisation vor.

73 VKK 1968, S. 273 f.
74 Kummer M., Der Begriff des Kartells, S. 26 f.; ebenso Greminger W., a.a.O., S. 97.
75 VKK 1968, S. 100; vgl. aber auch: VKK 1968, S. 274, wo im Zusammenhang mit Inkassotarifen von Zustimmung mittels konkludentem Verhalten gesprochen wird.
76 Merz H., Kartellgesetz, S. 33.

Die Anbieter haben die Möglichkeit, die Erstellung und Verwertung einzelner Sortimentsteile, die Bearbeitung bestimmter Marktsegmente oder ganze Unternehmungsfunktionen (z.B. Absatz, Werbung, Forschung etc.) auf *gemeinsame Tochtergesellschaften* zu übertragen. Eine derartige Ausgliederung von Aufgaben auf eine neue Unternehmung, an der mehrere Konkurrenten partizipieren, ist auch im Bankengewerbe anzutreffen (gemeinsame Leasing-Gesellschaft der Kantonalbanken; gemeinsame Investmentstiftung für Personalvorsorge der Regionalbanken). Solche Gemeinschaftsunternehmungen sind kartellrechtlich keineswegs irrelevant, liegt doch ihrer Gründung in der Regel der Verzicht der beteiligten Wettbewerber zugrunde, selbst die entsprechenden Leistungen zu erbringen. Entscheidend ist dabei die Absicht, den Wettbewerb gemeinsam zu beschränken, bestimmte Güter also ausschliesslich über die neue Unternehmung abzusetzen, zu erstellen bzw. zu beschaffen. Bestehen tatsächlich solche wettbewerbsbeschränkende Absprachen, so liegt ein Kartell und nicht bloss eine Einzelunternehmung vor, die lediglich dann vom KG erfasst wird, wenn das Erfordernis der Marktmacht hinzukommt. Die Tochtergesellschaft selbst ist in einem solchen Falle nichts anderes als das Instrument, das dazu dient, die angestrebten Kartellzwecke zu verwirklichen. Da die Wettbewerbsbeschränkung nicht nur durch eine Gleichrichtung der Einzelaktivitäten, sondern durch ein besonderes Organ durchgeführt wird, wird der beschriebene Sachverhalt auch als ein "Kartell höherer Ordnung" bezeichnet (Syndikat)[77].

Grundsätzlich kann auch der Fall eintreten, dass die Gründer ihre Wettbewerbshandlungen zugunsten der gemeinsamen Gesellschaft einschränken, ohne sich ausdrücklich über ihr Wettbewerbsverhalten auszusprechen. Angesichts der bestehenden Kontakte zwischen den potentiellen Konkurrenten darf aber auch eine solche nicht besprochene Wettbewerbsenthaltung nicht bloss als stillschweigend aufeinander abgestimmtes Verhalten eingestuft werden. Sie müsste vielmehr als eine durch konkludentes Verhalten ausgedrückte (unverbindliche) Absprache im Sinne des Art. 2 KG gelten. Der Kartelltatbestand wird demnach erst verlassen, wenn mit der Errichtung der gemeinsamen Gesellschaft keinerlei Wettbewerbsbeschränkung verbunden ist, wenn die beteiligten Institute also auch weiterhin in der Lage sind, die entsprechenden Leistungen selber zu erbringen und von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Bei diesem Sachverhalt kann die Tochtergesellschaft nur ins Recht gefasst werden, wenn sie – wegen der ausgeübten Marktmacht – als kartellähnliche Organisation gilt.

77 Vgl. dazu Sterner F., Das Syndikat im schweizerischen und deutschen Kartellrecht, Zürcher Diss. 1972, S. 5 ff.; Nägeli E., Die Doppelgesellschaft, Zürich/Berlin 1936, S. 66; Preisbildungskommission, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, Bern 1957, S. 53.

8.2.3.2. Die kartellähnlichen Organisationen

Weiter vorne wurde festgestellt, dass das Bankengewerbe trotz der Vielzahl selbständiger Institute – auf den Teilmärkten ausgesprochen oligopolistische Züge aufweist. Diese Marktstruktur wirkt sich dahingehend aus, dass vor allem im Preissektor (Festlegung der Passivsätze) auch ausserhalb der Kartellvereinbarungen ein weitgehend paralleles Wettbewerbsverhalten zu beobachten ist. Der oligopolistische Wettbewerbsverzicht kann sich zwar grundsätzlich bei allen Marketingmitteln äussern; beim Preiswettbewerb wirkt sich die Reaktionsverbundenheit jedoch am deutlichsten aus, weil hier die Marktübersicht und damit die Reaktionswahrscheinlichkeit und -intensität am grössten ist[78].

Das Vorliegen eines gleichgerichteten Wettbewerbsverhaltens bedeutet allerdings noch nicht, dass auch eine kartellähnliche Organisation gegeben ist. Das KG erfasst nach allgemeiner Auffassung nicht jedes Parallelverhalten[79]. Die Übereinstimmung der Aktionen und insbesondere die Identität der Preise kann auch das Werk des freien Wettbewerbs sein[80]. Kartellrechtlich relevant wird das einheitliche Vorgehen erst, wenn es auf formeller oder informeller Kooperation beruht. Das Zusammenwirken muss – wie KUMMER es ausdrückt – von einem "Zuschuss organisierter Willkür" getragen sein[81]. Es muss also über die dem Wettbewerb eigene Notwendigkeit der Anpassung (die kartellrechtlich irrelevant ist) hinausgehen. Das gleichartige und korrespondierende Verhalten muss also von einer übereinstimmenden Erwartung getragen sein, die sich wie ein gemeinsamer Plan auswirkt. Stimmen die Oligopolisten ihr Wettbewerbsverhalten im Bewusstsein der besonderen Marktstruktur aufeinander ab, so liegt eine solche informelle Kooperation und damit eine kartellähnliche Organisation vor. Der massgebliche Markteinfluss muss bei den Oligopolen nicht besonders nachgewiesen werden; er ist mit dem Oligopolbegriff untrennbar verbunden[82]. Ein über eine längere Zeitspanne beobachtetes einheitliches Preisniveau und ein gleichgerichtetes Verhalten bei Preisänderungen kann zwar ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer informellen Kooperation sein. Ohne zusätzliche Anzeichen eines abgestimmten Verhaltens reicht es aber nicht aus, um einen Sachverhalt dem KG zu unterstellen, kann doch das identische Vorgehen (auch dasjenige von Oligopolisten) durchaus das Resultat des Wettbewerbs sein. Liegt hingegen zusätzlich eine Diskrepanz zwischen dem tatsächlichen Verhalten und einem Wettbewerbsgebaren vor, das nach Massgabe der Marktsituation eigentlich nahe gelegen hätte, so kann auf eine informelle Kooperation geschlossen werden[83].

78 Vgl. Allemann H., Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmung, S. 238.
79 Vgl. BGE 102 II 433.
80 Schürmann L., Kommentar, S. 56; Greminger W., a.a.O., S. 99 f.; Kummer M., Der Begriff des Kartells, S. 27; vgl. auch Botschaft, S. 23.
81 Kummer M., Der Begriff des Kartells, S. 28.
82 Greminger W., a.a.O., S. 99; Allemann H., Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmung, S. 213 ff., 240 ff.
83 Kummer M., Der Begriff des Kartells, S. 28 f.

Bleiben also beispielsweise die Passivzinse (auch ohne Kartellabsprache) über eine längere Zeitspanne konstant (obwohl sich die andern Marktdaten verändert haben), so kann durchaus ein stillschweigend abgestimmtes Verhalten gefolgert werden. Der gleiche Schluss liegt nahe, wenn auf eine Änderung der Rahmendaten nicht nur gleich, sondern (nach vorgängigem Zögern) auch gleichzeitig reagiert wird oder wenn die Anpassung (bei allen Konkurrenten) nicht dasjenige Ausmass erreicht, das unter den veränderten Voraussetzungen im Grunde zu erwarten wäre. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass bei einem (durch die Marktstruktur begründeten) einheitlichen Wettbewerbsverhalten nicht alle beteiligten Konkurrenten, die ihr Vorgehen stillschweigend gleichrichten auch dem KG unterstehen müssen. Sind die Marktanteile sehr unterschiedlich, wird nur der Oligopolkern – der als Marktführer fungiert – erfasst. Die Oligopolsatelliten, die sich dem Wettbewerbsgebaren fügen müssen, bleiben ausgeschlossen, da ihr Verhalten blosse einseitige Anpassung und nicht ein "aufeinander abgestimmtes Verhalten" ist, das immer eine Wechselbeziehung voraussetzt.

Auf dem nationalen Markt stehen die Grossbanken (vor allem die grossen drei) aufgrund ihrer starken Marktstellung und ihres Markteinflusses in einem oligopolistischen Verhältnis zueinander, sind sie doch praktisch - neben einigen Oligopolsatelliten (Auslandbanken, regionale Konsortien) – die einzigen Institute, die die finanziellen Bedürfnisse der national und international tätigen Grossunternehmen befriedigen können. Koordinieren sie ihr Verhalten, ohne dass eine Kartellabsprache besteht, so liegt eine kartellähnliche Organisation vor. Anders verhält es sich auf den regionalen Teilmärkten. Hier stehen die Grossbanken in jeder Beziehung konkurrenzfähigen Regional- und Kantonalbanken gegenüber, so dass (trotz gleichgerichtetem Verhalten) von einem massgeblichen Einfluss auf diesen Märkten in der Regel nicht gesprochen werden kann. Hingegen ist es denkbar, dass auch andern Banken (allein oder gemeinsam) auf diesen Märkten durchaus eine Position zukommen kann, die eine Unterstellung unter das KG rechtfertigt. Ob eine solche Stellung vorliegt und wem sie allenfalls zukommt, müsste jedoch im konkreten Einzelfall abgeklärt werden.

In der Literatur wird verschiedentlich die Auffassung vertreten, die *Preisführerschaft* sei dem KG nicht unterworfen[84]. Dieser Meinung kann in dieser generellen Form nicht zugestimmt werden. Vielmehr sind zwei verschiedene Arten der Preisführerschaft auseinanderzuhalten. Im ersten Fall übernehmen die Konkurrenten die Preise eines bestimmten Marktpartners, weil sie meinen, der Preisführer sei aufgrund seiner Marktkenntnisse am ehesten in der Lage, den für die ganze Gruppe günstigsten Preis zu finden *(sog. barometrische Preisführerschaft)*. Hier basiert die Preisführerschaft auf einem bewussten Zusammenwirken der Konkurrenten, das den von KUMMER verlangten "Zuschuss an organisierter Willkür" aufweist. Diese Form ist deshalb stets als aufeinander abgestimmtes Verhalten einzustufen. Liegt gleichzeitig auch Marktmacht vor (was bei Oligopolen immer der Fall ist), so hat

84 Schürmann L., Kommentar, S. 57; vgl. auch Botschaft, S. 23.

man es mit einer kartellähnlichen Organisation zu tun[85]. Gerade im Oligopol stellt die Preisführerschaft also lediglich eine Sonderform des stillschweigend gleichgerichteten Verhaltens dar, bei dem eines oder mehrere Unternehmen ihre Preise (zur Eliminierung der oligopolistischen Unsicherheit) demjenigen eines bestimmten Konkurrenten anpassen. Als solch barometrischer Preisführer wirkt im Bankengewerbe das Zürcher Zinskonvenium, dessen Zinsbedingungen für das Aktiv- und Passivgeschäft von den regionalen Verbänden im allgemeinen direkt übernommen werden. Eine entsprechende Stellung nimmt der Verband Zürcherischer Kreditinstitute bei den Notenkursen ein. Dass hier in der Tat ein stillschweigend aufeinander abgestimmtes Verhalten und nicht bloss ein wettbewerbsbedingtes Parallelverhalten vorliegt, zeigt die Tatsache, dass sich die regionalen Organisationen meist regelmässig bei den Preisführern nach den jeweils geltenden Sätzen erkundigen[86].

Nicht anwendbar ist das KG hingegen bei den *sog. dominierenden Preisführerschaften,* bei denen einer Unternehmung eine so überragende Marktmacht zukommt (Teilmonopol), dass den Konkurrenten gar nichts anderes übrigbleibt, als diese Preise als festes Datum anzuerkennen. In diesen Fällen (die SCHÜRMANN[87] offenbar im Auge hat) fehlt das "aufeinander abgestimmte Verhalten", liegt doch eine einseitige Anpassung an den Marktführer und keine Wechselbeziehung vor[88]. Allerdings kann der Preisführer bei der dominierenden Preisführerschaft selbst dem KG unterstehen, sofern es sich dabei um eine Einzelunternehmung handelt, die sich durch massgeblichen Markteinfluss auszeichnet oder wenn er selbst ein Kartell ist.

8.2.3.3. Die erheblichen Behinderungen der Wettbewerber

a) Allgemeines

Die Kartellkommission hat in ihrer Erhebung festgestellt, dass weder auf gesamtschweizerischer noch auf regionaler Ebene Vereinbarungen bestehen, die die Handlungsfreiheit der Aussenseiter einschränken; die geltenden Absprachen enthalten keinerlei Bestimmungen, die darauf gerichtet sind, Nichtmitglieder im Wettbewerb zu behindern, vom Markte zu verdrängen oder zum Beitritt ins Kartell zu zwingen[89] [90]. Aussenstehende haben grundsätzlich die Möglichkeit, im Verkehr mit ihren Kunden abweichende Bedingungen anzuwenden, ohne Gegenmassnahmen der

85 So auch Merz H., Kartellgesetz, S. 33 f.; Allemann H., Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmung, S. 244.

86 Vgl. auch das von Schuster (S. 197 ff.) erwähnte Beispiel des Debitoren-Konveniums auf dem Bankplatz St. Gallen.

87 Schürmann L., Kommentar, S. 57.

88 Vgl. Greminger W., a.a.O., S. 102.

89 VKK 1968, S. 308 f., 312.

90 Als einzige Ausnahme wurde die Konvention XIV der Bankiervereinigung betreffend die Emissionskontrolle angesehen (Unterwerfungs- oder Umfassungsboykott). Diese Vereinbarung ist jedoch seit dem 17. Januar 1973 ausser Kraft. Vgl. dazu: VKK 1968, S. 309; Albisetti E./Rutschi E., a.a.O., S. 148 ff.

Verbände befürchten zu müssen. Im folgenden soll untersucht werden, ob diese Feststellungen der Kartellkommission auch heute noch Gültigkeit haben.

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass der Wettbewerbsbehinderung im Bankengewerbe (trotz weitgehender Kartellierung) enge Grenzen gesetzt sind, da die Kreditinstitute ihre Marktleistungen im allgemeinen selber erstellen und direkt absetzen. Solange diese typische Form der Leistungserstellung und -verwertung besteht, kommen als erhebliche Wettbewerbsbehinderungen nur Horizontalverpflichtungen in Frage, die darauf gerichtet sind (durch gezielten Einsatz bestimmter Marketingmittel) die Konkurrenten vom Markt zu verdrängen. Dazu eignen sich nicht nur die im Gesetz als Beispiel erwähnten Preisunterbietungen (bzw. Preisüberbietungen im Passivgeschäft), sondern auch (was auf das Gleiche herauskommt) besonders günstige Konditionen, Gratisleistungen, Werbegeschenke und Zugaben. Solche gezielte Massnahmen, die eine Verdrängung nicht angepasster Aussenseiter bezwecken, sind in der Tat nicht bekannt und (soweit ersichtlich) auch nirgends vorgesehen[91]. Werden aber vor- und nachgelagerte (betriebsfremde) Stufen eingeschaltet, die die Leistungserstellung oder den Vertrieb übernehmen, so können auch die übrigen in der kartellrechtlichen Literatur angeführten und im Gesetz selber beispielhaft aufgeführten Behinderungen (wie Liefer- und Bezugssperren oder Preisdiskriminierungen) an Bedeutung gewinnen. Derartige Ausgliederungen von Unternehmungsfunktionen auf gemeinsame Unternehmungen haben im Bankengewerbe in letzter Zeit an Bedeutung gewonnen. Besonders bei der Leistungserstellung werden immer häufiger gemeinsame Lösungen angestrebt. Der Grund liegt auf der Hand, stehen doch die Banken in immer stärkerem Masse vor der Aufgabe, Probleme zu lösen und Dienstleistungen zu erbringen, die über die Möglichkeiten der einzelnen Institute (auch der Grossbanken) hinausgehen: immer grössere und komplexere finanzielle Bedürfnisse der öffentlichen Hand und privater Grossunternehmen müssen befriedigt werden; die Leistungen müssen schneller, rationeller und zuverlässiger erbracht werden; die mobiler werdende Gesellschaft verlangt nach Dienstleistungen, die überall und jederzeit erhältlich sind. Die vom Markt gestellten Aufgaben sind mit andern Worten nur zu bewältigen, wenn in starkem Masse zusammengearbeitet wird und gemeinsam bedürfnisgerechte Leistungen entwickelt werden (Bankenclearing, Bancomat, Euro Cheque, Swiss Bankers Travellers Cheque). Damit sind aber die Grundlagen für weitere Behinderungsmöglichkeiten geschaffen. Schliessen sich die in einem bestimmten Geschäftsbereich bedeutendsten Institute zu einem Kartell zusammen, um gemeinsam (im geschlossenen Kreis) Leistungen zu erbringen, die nur noch von mehreren erbracht werden können, so entsteht die Gefahr, dass der Wettbewerb aus den Angeln gehoben und den Aussenseitern der Zugang zur Gruppe, die Träger der Leistungserstellung ist, verwehrt wird. Das hätte zur Folge, dass sie auf Sortimentsteile, denen unter Umständen bedeutende Marktchancen innewohnen, verzichten müssen. Unterstellt man, dass der prozentuale Anteil der gemeinsam erarbeiteten

91 Derartige Vorkehren würden im übrigen auch den im UWG verankerten Grundsätzen von Treu und Glauben zuwiderlaufen.

Leistungen in Zukunft eher wachsen wird, so kommt man zum Schluss, dass eine Bank oder eine Bankengruppe, die über längere Zeit von neuen Leistungsangeboten ferngehalten wird, ihre Konkurrenzfähigkeit einbüssen und zumindest in Teilbereichen vom Markt verschwinden wird.

b) Die Behinderung durch Emissionssyndikate

Das Emissionsgeschäft ist wegen des zunehmenden Finanzbedarfs und der damit verbundenen Risiken in hohem Masse durch eine gemeinsame Leistungserstellung geprägt[92]. Die potentiellen Emittenten wenden sich im allgemeinen nicht an Einzelinstitute, sondern an Bankengruppen, da nur sie ihre Finanzierungswünsche überhaupt befriedigen können. Darin liegt an sich noch keine Wettbewerbsbehinderung. Finden sich jedoch die finanzstarken Institute zusammen, um bestimmte Emissionen gemeinsam durchzuführen und schliessen sie ihren Kreis gleichzeitig nach aussen ab, so entsteht eine monopolartige Stellung, die den Wettbewerb im betreffenden Markt weitgehend zum Erliegen bringen kann. Eine solche Wettbewerbssituation liegt im langfristigen Finanzierungsgeschäft (wenigstens soweit es öffentlich-rechtliche Anleihen betrifft) vor. Dort unterbinden die auf gesamtschweizerischer Ebene operierenden Emissionssyndikate (Emissionskonsortium schweizerischer Banken; Gemeinschaftssyndikat des "Konsortiums" mit dem Kantonalbankenverband; Syndikat für Bundesanleihen) durch ihre überragende Stellung den Wettbewerb praktisch völlig.

Die Kartellkommission[93] hat sich in ihrer Erhebung mit der Marktpolitik der Emissionssyndikate nur am Rande beschäftigt; sie hat sich aber vorbehalten, auf das Problem zurückzukommen, falls es aktuell werden sollte. Immerhin hat die Kommission festgestellt, dass der Zugang zu den bestehenden Gruppierungen beschränkt sei, da sich die Mitglieder vehement gegen eine Erweiterung ihres Kreises wehren; gleichzeitig hat sie die Frage aufgeworfen, ob nicht weiteren Bankengruppen oder Instituten Quoten eingeräumt werden könnten oder sollten.

Im Zuge der fortschreitenden Universalisierung des Bankangebots hat das Problem der Marktschliessung seit der Erhebung der Kartellkommission zweifellos an Bedeutung gewonnen. Es gibt heute eine Reihe von Instituten, die ihr inländisches Emissionsgeschäft ausgebaut haben und willens und in der Lage sind, über eine Beteiligung an den bestehenden Syndikaten ihre entsprechenden Aktivitäten noch zu verstärken[94]. Immerhin ist festzuhalten, dass sich das Problem der Wettbewerbsbehinderung etwas entschärft hat, seit die Regionalbanken über ihren Verband am Syndikat für Bundesanleihen und an der neu gegründeten Emissionszentrale der Schweizer Gemeinden beteiligt worden sind[95]. Trotz dieser Erweiterung des Krei-

92 Vgl. zur Durchführung einer Emission: NZZ Nr. 204 vom 1. September 1977, S. 19.
93 VKK 1968, S. 310 f. Anm. 2.
94 Vgl. Albisetti E./Rutschi E., a.a.O., S. 154.
95 Der Regionalbankenverband ist überdies an den Emissionen der Pfandbriefbank schweize-

ses der Syndikatsmitglieder ist die Wettbewerbsbehinderung im Emissionsgeschäft jedoch noch nicht völlig aus der Welt geschafft. Er hat auch ausserhalb des Regionalbankenverbandes interessierte Banken, die sich an diesen Geschäften nicht beteiligen können. Aber auch der Regionalbankenverband selbst ist nach der geltenden Ordnung nach wie vor von den wichtigen Anleihenemissionen der Kantone und Städte ausgeschlossen[96].

Die festgefügten Syndikate begnügen sich damit, eine Marktordnung für *Anleihen öffentlich-rechtlicher Körperschaften*, die einen bestimmten Minimalbetrag überschreiten, aufzustellen. Sie schliessen den Wettbewerb also nur in einem Teilbereich des (kartellrechtlich relevanten) Marktes für langfristige Fremdfinanzierung völlig aus[97]. Trotz dieser (relativ engen) sachlichen Begrenzung wird der Aussenseiter im Finanzierungsgeschäft behindert, denn er verliert die Möglichkeit,die betreffenden Leistungen anzubieten. Bei der Beurteilung der Frage, ob diese Wettbewerbsbehinderung erheblich ist, dürfen die bestehenden Substitutionsmöglichkeiten nicht ausser Acht gelassen werden. Denn eine langfristige Fremdfinanzierung kann nicht nur durch die Ausgabe von Anleihen sichergestellt werden. Dazu eignen sich auch langfristige oder periodisch zu erneuernde mittelfristige Kredite. Diesen Ausweichmöglichkeiten kommt indessen für den Aussenseiter praktisch keine Bedeutung zu. Sie stehen in erster Linie finanzstarken Gruppen oder grossen Einzelinstituten offen, die ohnehin schon in den Emissionssyndikaten vertreten sind. Ebenfalls keine echte Alternative stellt für den Aussenseiter die kommissionsweise Plazierung einer Anleihe dar. Dieses Finanzierungsinstrument ist für den Emittenten mit beträchtlichen Nachteilen (volle Risikotragung bei Misserfolg) verbunden, die er in der Regel nicht auf sich nehmen will. Deshalb wird von dieser Möglichkeit praktisch auch kaum Gebrauch gemacht.

Die Syndikate beschränken sich auf Anleihen, die einen bestimmten Minimalbetrag ("Emissionskonsortium": 6 Mio Franken; Gemeinschaftssyndikat: 12 Mio Franken) überschreiten und von bestimmten Marktpartnern ausgegeben werden (öffentlich-rechtliche Körperschaften). Damit wird zwar ein gewichtiger Teil des Marktes abgedeckt. Die ebenfalls sehr bedeutsamen *Industrieanleihen* werden aber nicht erfasst[98]. Hier (und auch bei Anleihen unter 6 Mio Franken) besteht also für Aussenseiter theoretisch die Möglichkeit, eigene ad-hoc Syndikate zu bilden, um so am langfristigen Finanzierungsgeschäft teilzuhaben. Analoges gilt für die gleichfalls

rischer Hypothekarinstitute beteiligt. Ausserdem verfügt er über eine eigene Emissionszentrale zur Begebung eigener Anleihen, die die Stellung dieser Bankengruppe im Anleihenemissionsgeschäft stärkt.

96 Vgl. Geschäftsbericht des Verbandes Schweizerischer Regionalbanken und Sparkassen 1976, S. 13.

97 So auch Moeschel W., Das Konsortialgeschäft der Kreditinstitute im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Emissionssyndikate als marktbeherrschende Unternehmungen, in Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1972, S. 273 ff.

98 Für *Auslandanleihen* bestehen zwei permanente Syndikate: eines für grössere Anleihen von 20–30 Mio. Franken, dem die Grossbanken, die Kantonalbanken und einige Privatbanken angehören; ein weiteres für kleinere Anleihen, das aus Regionalbanken und Privatbanken gebildet ist. Vgl. Schuster L., a.a.O., S. 202.

der langfristigen Finanzierung dienenden *Aktienemissionen*. In der Praxis ist die Chance für die Aussenseiter, sich aktiv einzuschalten, jedoch relativ gering. Denn sie müssen auch hier mit ad-hoc Syndikaten konkurrieren, die normalerweise aus dem Kreis der Mitglieder der festen Syndikate gebildet werden. Kleinere und mittlere Institute haben deshalb nur bei kleineren lokalen Emissionen Aussicht, direkt beteiligt zu werden. An grösseren Emissionen können sie im allgemeinen nur dann direkt mitwirken, wenn enge Beziehungen zum Emittenten bestehen oder wenn sie gar dessen Hausbank sind. Der Zugang zu diesem Marktsegment wird zwar – im Gegensatz zu Emissionen der öffentlichen Hand – nicht völlig unterbunden. Er wird aber faktisch (durch die Marktstruktur und die mit diesem Geschäft verbundenen erhöhten Risiken) weitgehend beschränkt. Selbst wenn der Zugang zu den von den Syndikaten nicht erfassten Geschäften dem Aussenseiter (ohne faktische Beschränkung) offenstünde, müsste der Ausschluss der Wettbewerbsmöglichkeit in einem so bedeutenden Marktsegment, wie es die öffentlich-rechtliche Anleihe darstellt, als erhebliche Behinderung angesehen werden. Ein Ausschluss der Möglichkeit, mit wichtigen Marktpartnern ins Geschäft zu kommen, berührt sicher einen wettbewerbspolitisch relevanten Gesichtspunkt im Sinne der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung[99]. Dass davon auch fühlbare Auswirkungen auf die wirtschaftliche Gesamtsituation der betroffenen Aussenseiter ausgehen, ist in Anbetracht des sehr bedeutenden Geschäftsvolumens dieses Marktsegments und der damit verbundenen geringen Risiken, offensichtlich[100] [101].

Von Seiten der Syndikate wird geltend gemacht, dass die Benachteiligung der Aussenseiter nicht erheblich ins Gewicht falle, da diese über *Unterbeteiligungen* an den Anleihen partizipieren können, wobei diese Unterbeteiligungen zusammengerechnet höher seien als eine direkte Beteiligungsquote je sein könnte. Besonders bedeutsam sei überdies in diesem Zusammenhang, dass die Unterbeteiligten materiell gleich gestellt seien wie die Syndikatsmitglieder, weil die Unterbeteiligungen zu Originalbedingungen zugestanden würden. Deshalb nimmt das "Emissionskonsortium" auch als sicher an, dass die in Frage stehenden Institute das System der Unterbeteiligung mehrheitlich vorziehen, da es flexibler sei und den individuellen Verhältnissen der einzelnen (v.a. kleineren) Banken gerechter werde.

Es trifft zu, dass den interessierten Instituten regelmässig Unterbeteiligungen aus den Quoten der Kartellmitglieder abgegeben werden. Auch ist richtig, dass die Original-Übernahmekommission (gegenwärtig) in der Regel uneingeschränkt weitergegeben wird. Die Gewährung einer Unterbeteiligung hängt nun aber völlig vom Wohlwollen der Kartellmitglieder ab. Die Möglichkeit des Aussenseiters, an diesem Geschäftsbereich teilzuhaben, steht und fällt also mit dem guten Willen der Kartellmitglieder. Hinzu kommt – worauf ALBISETTI/RUTSCHI besonders hinweisen –,

99 BGE 98 II 374; 99 II 232.

100 Albisetti E./Rutschi E., a.a.O., S. 153.

101 Die Regionalbanken werden zwar nur noch von Anleihen der Kantone und Städte ausgenommen. Doch muss auch diese Behinderung der Wettbewerbstätigkeit – angesichts der Bedeutung des betroffenen Marktsegments – als erheblich angesehen werden.

dass die Abgabe von Unterbeteiligungen oder deren Höhe oft von einer Gegenleistung der bedachten Bank abhängig gemacht wird, bestehend zumeist in der Zuweisung von Devisen- oder Börsenaufträgen: "Es ist also keineswegs so, dass die Abgabe von Unterbeteiligungen uneigennützig erfolgt; sie wird vielmehr als wirksame wettbewerbspolitische Waffe eingesetzt"[102], d.h. die finanzielle Beteiligung muss mit einem andern Nachteil erkauft werden (Beeinträchtigung des Entscheidungsspielraums bei andern Geschäften).

Im Vordergrund steht aber noch eine andere Überlegung: Trotz Unterbeteiligung wird der Aussenseiter vom eigentlichen Markt für langfristige Anleihen öffentlich-rechtlicher Körperschaften ausgeschlossen. Er kann weder allein noch gemeinsam mit andern als Anbieter am Markt auftreten und eine Marktposition aufbauen bzw. konsolidieren. Obwohl er finanziell am Geschäft beteiligt ist, tritt er dem Emittenten gegenüber nicht in Erscheinung. Deshalb kann er auch von eventuellen Anschlussgeschäften, die mit den Syndikatsmitgliedern abgeschlossen werden, nicht profitieren, was indirekt zusätzliche Auswirkungen auf die wirtschaftliche Gesamtsituation haben kann. Schliesslich ist er als Unterbeteiligter auch nicht in der Lage, auf den Entscheidungsprozess, also auf die Festlegung der Emissionsmodalitäten einzuwirken. Die Beeinträchtigung der Wettbewerbstätigkeit der Nichtmitglieder bleibt also trotz Unterbeteiligung erheblich. Sie sind von bestimmten (im Sortiment einer Universalbank bedeutungsvollen) Leistungen ausgeschlossen. Beachtet man überdies, dass kleinere und mittlere Banken sich schon aus risikopolitischen Überlegungen bei Anleihen der Industrie (aber auch bei Auslandanleihen) Zurückhaltung auferlegen müssen, so fällt diese Benachteiligung im Marktsegment der betroffenen öffentlich-rechtlichen Anleihen noch stärker ins Gewicht.

Auf dem zweiten von den Emissionssyndikaten beeinflussten Teilmarkt *(dem Anlagenmarkt)*, ist eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung nicht eo ipso gegeben, sofern die Nichtmitglieder die Möglichkeit haben, an diesem Geschäft durch Unterbeteiligungen zu partizipieren. Sie würde erst vorliegen, wenn die Aussenseiter (die wirtschaftlich praktisch eine Handelsfunktion übernehmen, indem sie einen Teil der vom Kartell erstellten Titel über ihre Kanäle absetzen) unter Preisdiskriminierungen zu leiden hätten oder wenn sie von der Anleihenzeichnung überhaupt ausgeschlossen würden (Liefersperre). Selbst in einem solchen Fall wäre aber zu prüfen, ob den betroffenen Instituten nicht Ausweichmöglichkeiten auf Substitutionsgüter offenstehen, so dass eine allfällige Behinderung nicht als erhebliche zu gelten hätte. In der Tat sind die Anleihensobligationen nicht die einzigen langfristigen Anlagemöglichkeiten in der Angebotspalette der Banken. Sie sind aber ein wichtiger Bestandteil, der sich durch die Fristigkeit, den Zinssatz, die Handelbarkeit und die Sicherheit von andern Formen (z.B. Kassaobligationen, Pfandbriefe, Anlagehefte, Schuldbriefe) unterscheidet. Werden sie aus dem Sortiment der betroffenen Institute ausgeschlossen, so liegt zweifellos eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit vor. Interessierte Kunden sind gezwungen, mit Konkurrenzinstituten Kon-

102 Albisetti E./Rutschi E., a.a.O., S. 154.

takt aufzunehmen, was letztlich sogar Auswirkungen auf andere Geschäftsbereiche zeitigen kann. Auch der Ausweg, Titel an der Börse zu erwerben, ändert daran nichts, denn er bildet keinen vollwertigen Ersatz für die mangelnde Gelegenheit, an Neuemissionen direkt teilzuhaben. Werden den Aussenseitern *nur einzelne Titel vorenthalten,* um den Bedarf der eigenen Kunden decken zu können, ist abzuklären, ob die betroffenen Banken die Möglichkeit haben, die entsprechenden neuen Titel durch andere gleich guter Adressen zu substituieren. Weil diese Möglichkeit im allgemeinen ohne weiteres gegeben ist, liegt in einem solchen Vorgehen keine erhebliche Wettbewerbsbehinderung. Eine solche liegt auch bei einer quotenmässigen Limitierung nicht vor. Eine derartige Beschränkung ist allein schon deshalb in Kauf zu nehmen, weil ja den Syndikatsmitgliedern selbst nicht in unbeschränktem Masse Titel zur Verfügung stehen. Die Unterbeteiligung muss jedoch auch bei flüssigen Kapitalmarktverhältnissen (bei denen es den Mitgliedern leicht fällt, die Titel im Markt zu plazieren), eine bestimmte Höhe erreichen; sie sollte sich (über eine längere Frist betrachtet) ungefähr in dem Rahmen bewegen, der einer Bank (aufgrund ihrer Plazierungskraft) bei einer Beteiligung am Kartell etwa zukommen würde. Werden einer Aussenseiterbank in geringerem Masse Unterbeteiligungen abgegeben, so liegt eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung vor.

c) Rechtfertigung der Emissionssyndikate

Die rein wirtschaftlichen (finanziellen) Interessen der Kartellmitglieder reichen nicht aus, um die Ausschliessung bzw. eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung der Aussenseiter zu rechtfertigen. Vielmehr müssen zusätzliche Interessen, die mit dem volkswirtschaftlichen Gesamtinteresse in Einklang stehen, hinzukommen. Als überwiegend schutzwürdiges Interesse gilt – nach der vom KG vorgenommenen Wertung – die Förderung einer im Gesamtinteresse erwünschten Struktur eines Wirtschaftszweiges oder eines Berufes (Art. 5 Abs. 2 lit. c). Es wird also zu prüfen sein, ob die kartellistischen Vorkehren dazu dienen, eine Struktur zu verwirklichen, die besser geeignet ist, die das Gesamtinteresse konkretisierenden wirtschafts- und sozialpolitischen Ziele zu erreichen als dies bei reinen Wettbewerbsverhältnissen der Fall wäre. Trifft dies zu, so ist die Kartellordnung der freien Konkurrenz vorzuziehen.

Öffentlich-rechtliche Körperschaften und private Unternehmen sind darauf angewiesen, Zugang zu langfristigen Fremdgeldern zu haben, um ihre Investitionen mit fristenkongruenten Mitteln finanzieren zu können. Deshalb muss eine leistungsfähige Wirtschaft über einen Kapitalmarkt verfügen, der in der Lage ist, diese langfristigen Bedürfnisse zu befriedigen. Dass eine *reibungslose und zuverlässige Versorgung mit langfristigen Fremdgeldern* auch von allergrösstem volkswirtschaftlichem Interesse ist, liegt auf der Hand und braucht nicht näher ausgeführt zu werden.

Die Investitionstätigkeit der öffentlichen Hand und der privaten Grossunternehmen ist nun aber in Grössenordnungen hineingewachsen und hat einen finanziellen Bedarf ausgelöst, der von einzelnen Kreditinstituten schon aus bankinternen Risikoüberlegungen, aber auch wegen der bankengesetzlichen Beschränkung der Klumpenrisiken, nicht mehr gedeckt werden kann. Deshalb sind die Kreditinstitute immer mehr darauf angewiesen, mit ihren Konkurrenten zu kooperieren, um langfristige Grosskredite überhaupt gewähren zu können. Ähnlich präsentiert sich die Situation bei den Festübernahmen neu emittierter Anleihen. Auch hier zwingt der zunehmende Umfang der Marktleistung und das entsprechend grösser gewordene Verlustrisiko die Banken geradezu zur Kooperation. Beteiligen sich mehrere Banken an einer Emission, so wird die Gefahr eines Misserfolges auf die Beteiligten verteilt; das Einzelinstitut erhält zudem die Möglichkeit, durch Teilnahme an einer Reihe von Anleihen eine Risikostreuung vorzunehmen und Klumpenrisiken zu vermeiden.

Man kann also grundsätzlich festhalten, dass im Emissionsgeschäft eine *Kooperation nötig* ist, um einen funktionierenden Kapitalmarkt sicherzustellen, da der zunehmende finanzielle Bedarf der Nachfrager von einzelnen Instituten gar nicht mehr bewältigt werden könnte. Diese Kooperation kann sich aber nicht einfach auf alle Banken abstützen. Das einzelne Institut muss vielmehr eine Reihe von Voraussetzungen erfüllen, damit eine reibungslose Abwicklung gewährleistet ist. Neben einer gesunden finanziellen Basis und angemessener Liquidität ist vor allem eine *ausreichende Plazierungskraft* erforderlich. Lassen die Marktverhältnisse eine Plazierung nicht zu, müssen die Titel (vorübergehend oder dauernd) den eigenen Beständen einverleibt werden. Dazu sind aber, besonders bei grossen Anleihen, nur Institute einer bestimmten Grösse befähigt. Würden mittlere oder kleinere Institute ohne ausreichende Plazierungskraft und mit beschränkter Möglichkeit, eigene Bestände zu unterhalten, vermehrt am langfristigen Finanzierungsgeschäft beteiligt, so entstünde die Gefahr, dass die nicht plazierten Titel sofort an der Börse verkauft würden. Dies aber müsste sich (v.a. bei angespannten Kapitalmarktverhältnissen) negativ auf die Kursgestaltung auswirken, was automatisch das Kursrisiko der übrigen Beteiligten beträchtlich ansteigen liesse.

In den gleichen Zusammenhang gehört, dass die Kartellmitglieder aus marktpolitischen oder andern Gründen oft genötigt sind, *Kurspflege* zu betreiben. Auch diese Aufgabe, durch die stabilisierend auf das Marktgeschehen eingewirkt werden soll, können nur Institute wahrnehmen, die über eine entsprechende Erfahrung, ausreichende finanzielle Mittel und Risikobereitschaft verfügen. Durch diese Anforderungen wird der Kreis der potentiellen Kartellmitglieder stark eingeschränkt. Die Auffassung, dass die Plazierungskraft der Nichtmitglieder generell zu gering sei, um eine Minimalquote zu rechtfertigen kann allerdings nicht mehr aufrechterhalten werden. Heute verfügen einzelne Regionalbanken und die deutschschweizerischen Privatbanken, die sich im Zuge der Entwicklung zur Universalbank vermehrt dem inländischen Emissionsgeschäft zugewendet haben, über ein ansehnliches Plazierungspotential[103]. Selbst wenn die Plazierungskraft einzelner Institute noch als zu gering

103 Albisetti E./Rutschi E., a.a.O., S. 154.

angesehen würde, müsste das Potential des Regionalbankenverbandes eine Verbands-Beteiligung in jedem Fall rechtfertigen.

Um die Überlegenheit der bestehenden Kartellordnung untersuchen zu können, muss diese den *Marktergebnissen* gegenübergestellt werden, die sich voraussichtlich *bei freier Konkurrenz* einstellen würden. Bei reinem Wettbewerb könnten zwar kleinere Anleihen von einzelnen Banken (vor allem Grossbanken) übernommen und plaziert werden; grössere könnten in mehrere Tranchen zerlegt und von verschiedenen Banken fest übernommen werden. Überdies böte sich dem Schuldner die (allerdings mit Nachteilen verbundene) Möglichkeit, die Anleihe kommissionsweise zu plazieren[104]. Langfristig müsste aber die Leistungsfähigkeit der Banken den finanziellen Bedürfnissen der Marktpartner angepasst werden, nicht zuletzt auch, um die Kosten der Emissionen in Grenzen halten zu können. Denn einzelne Institute (auch Grossbanken) wären niemals in der Lage, die langfristige Finanzierung der öffentlichen Hand und grosser Unternehmen sicherzustellen. Eine Anpassung der Leistungsfähigkeit kann aber (von der Möglichkeit einer zunehmenden Konzentration einmal abgesehen) nur durch eine Kooperation rechtlich selbständiger Institute erreicht werden. Eine solche Kooperation (durch ad-hoc Kartelle oder durch Bildung einer gemeinsamen Tochtergesellschaft) müsste sich aber – wie die bestehenden Organisationen – zur Hauptsache auf die finanz- und plazierungskräftigen Institute stützen. Kleinere und mittlere Unternehmen hätten also auch unter Konkurrenzverhältnissen nur sehr geringe Chancen, Zugang zum langfristigen Finanzierungsgeschäft zu finden.

Bei grossen Anleihen (z.B. Bundesanleihen) ist die Mitwirkung aller grossen Banken erforderlich, um eine erfolgreiche Durchführung zu gewährleisten. Bei reinen Konkurrenzverhältnissen wäre jedoch ein gemeinsames Vorgehen (wie es heute bei allen Anleihen der öffentlichen Hand üblich ist) in Frage gestellt; es müsste mit der Möglichkeit gerechnet werden, dass mehrere relativ starke, sich konkurrenzierende Gruppierungen entstünden. Eine derartige Aufsplitterung der Kräfte müsste sich aber letztlich negativ auf den Emissionsmarkt auswirken, da die Gefahr heraufbeschworen würde, dass die im Wettbewerb obsiegende Bankengruppe nicht in der Lage wäre, die Anleihe auch mit dem wünschbaren Erfolg zu plazieren.

Festgefügte Kartelle weisen gegenüber den von Fall zu Fall gebildeten Organisationen eine Reihe zusätzlicher Vorteile auf: sie sind eingespielt und garantieren deshalb dank ihrer Erfahrung eine reibungslose technische Abwicklung; sie können rascher und flexibler auf Kundenwünsche reagieren, verfügen über umfassende Marktkenntnisse und sind deshalb in der Lage, die für den Kunden günstigsten Konditionen zu bestimmen. Letztlich arbeiten sie kostengünstiger, da dauernde Rationalisierungsmassnahmen realisiert werden können.

Zusammenfassend kann der Schluss gezogen werden, dass die im Emissionsgeschäft bestehende Marktordnung die gesamtwirtschaftlichen Ziele in bestmöglicher Art und Weise erreichen kann.

104 Vgl. dazu Albisetti/Bodmer/Rutschi, Handbuch, S. 240; NZZ Nr. 204 vom 1. September 1977, S. 19.

Ein Ausschluss der Mitgliedschaft kleiner Institute erscheint gerechtfertigt, wenn man berücksichtigt, dass die geringe Plazierungskraft und die ungenügende Fähigkeit und Bereitschaft zur Aufnahme überschüssiger Titel in die eigenen Bestände zu einer Beeinträchtigung der Funktionstüchtigkeit des Marktes und zu einer Steigerung des Verlustrisikos führen würde. Eine Abschliessung des Kartells gegenüber solchen Bewerbern ist deshalb angemessen. Hingegen erscheint es unverhältnismässig, wenn plazierungskräftige Regionalbanken oder Privatbanken nicht einbezogen werden oder wenn ihnen nicht zumindest eine indirekte Beteiligung über die Verbände zugestanden wird, sofern die Verbände mit der Gesamtheit ihrer Mitglieder eine ausreichende Plazierungskraft aufweisen. Die Mitgliedschaft solcher Institute bzw. Verbände würde die Funktionstüchtigkeit der Kartelle in keiner Art und Weise beeinträchtigen. Sie wäre im Gegenteil geeignet, den bestehenden Gruppierungen zusätzliche Schlagkraft zu verleihen. Ein erster Schritt in Richtung einer breiteren Abstützung der Emissionssyndikate wurde mit der kürzlich erfolgten Beteiligung des Regionalbankenverbandes am Syndikat für Bundesanleihen und mit der Aufnahme der deutschschweizerischen Privatbanken ins Gemeinschaftssyndikat getan. Es ist zu hoffen, dass die sich damit abzeichnende Öffnung der Syndikate noch energischer als bisher vorangetrieben wird, damit in Zukunft eine unangemessene Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeit der Aussenseiter vermieden wird.[104a]

d) Die Behinderung durch die Courtagekonvention

Da der Grossteil der Kreditinstitute keinen direkten Zugang zur Börse hat, liegt auch im Wertpapierhandel in der Regel eine Mehrstufigkeit der Leistungserstellung und (was die Kartellkommission zu wenig beachtet hat) eine Behinderung gewisser Wettbewerber vor. Die Courtagekonvention der Vereinigung Schweizerischer Effektenbörsen[105] sieht sogenannte *Normaltarife für kommissionspflichtige Geschäfte* vor; sie versucht also die Preise im Wertpapiergeschäft zu vereinheitlichen (Mindestcourtagesätze). Der Handel zwischen den Konventionsmitgliedern wickelt sich in der Regel zur halben Courtage ab. Es ist den Mitgliedern aber auch gestattet untereinander (ohne Einschränkung) Nettogeschäfte abzuschliessen. Gegenüber Nichtmitgliedern gelten die normalen Sätze. Tätigt ein Nichtmitglied die Wertpapierkäufe oder -verkäufe seiner Kunden über eine angeschlossene Börsenbank, so muss es die gesamte Courtage bezahlen; es wird ihm also der gleiche Preis in Rechnung gestellt, der auch gegenüber den direkten Kunden der Kartellmitglieder Anwendung findet. Diese Diskriminierung gegenüber den angeschlossenen Instituten hat schwerwiegende Konsequenzen für die Marktstellung der betroffenen Aussenseiter. Denn diese sind gezwungen, höhere Preise in Rechnung zu stellen oder die betreffenden Marktleistungen zu Verlustpreisen abzugeben, also auf Gewinn und

104a Über eine Beteiligung des Regionalbankenverbandes am Gemeinschaftssyndikat wird zur Zeit verhandelt.

105 Vgl. VKK 1968, S. 283 f.; die "Courtage" ist der Preis für die Leistung der Börsenfirma, die sie durch Kauf oder Verkauf eines Wertpapiers erbracht hat.

einen Beitrag an die direkten und indirekten Kosten zu verzichten. Höhere Preise lassen sich indessen angesichts der in diesem Geschäftsbereich recht hohen Markttransparenz der Konsumenten nicht realisieren, so dass die Preisdiskriminierung den Aussenseiter letztlich vor die Wahl stellt, vom Markt auszuscheiden oder sich dem Kartell anzuschliessen. Bevor die Erheblichkeit der Wettbewerbsbehinderung indessen bejaht werden kann, muss geprüft werden, ob dem Aussenseiter Ausweichmöglichkeiten offenstehen, ob er also in der Lage ist, bestehende Kundenbedürfnisse durch ähnliche Angebote zu befriedigen. Eigentliche *Substitutionsmöglichkeiten* bestehen keine. Dem Kunden, der sich für bestimmte (an der Börse gehandelte) Wertpapiere interessiert, können keine andern Anlageobjekte (Kassaobligationen) angeboten werden. Als einzige Ausweichmöglichkeit kämen allenfalls ausländische Börsen in Betracht, an denen international gehandelte Titel erstanden werden könnten. Aus zwei Gründen kann von diesem Weg aber nur sehr beschränkt Gebrauch gemacht werden: einmal sind nur ganz wenige Titel schweizerischer Unternehmen an ausländischen Börsen kotiert; zum andern ist das Preisniveau (Kommissionen) der inländischen Börsen im internationalen Vergleich äusserst günstig, so dass auch durch ein solches Ausweichen keine Preisvorteile realisiert werden können. Trotz fehlender Substitutionsgüter ist nun aber die Behinderung der Aussenseiter nicht in jedem Fall erheblich. Besteht bei einzelnen Titeln ein grosses Geschäftsvolumen, so können die Abschlüsse intern (durch Selbsteintritt des Kommissionärs) kompensiert werden. Der Grossteil der Geschäfte kann so zu gewinnbringenden Preisen ausgeführt werden. Nur ein kleiner Teil (Überschuss an Verkäufen bzw. Käufen) muss über Börsen-Banken getätigt werden, denen die ganze Courtage bezahlt werden muss. Die Behinderung erscheint also bei grösseren Instituten bedeutend weniger schwerwiegend, da sie in der Lage sind, interne Kompensationen vorzunehmen und nur die Geschäftsspitzen über die Börse abwickeln müssen. Im allgemeinen handelt es sich bei den Aussenseitern aber um kleinere Institute, denen diese Möglichkeit des internen Ausgleichs nicht oder nur in beschränktem Umfang offensteht. In diesen Fällen muss die Erheblichkeit der Behinderung bejaht werden.

e) Rechtfertigung der Courtagekonvention

Der Rechtfertigung der Courtagekonvention dient die in Art. 5 Abs. 2 lit. b KG als überwiegend schutzwürdig aufgeführte Verwirklichung angemessener beruflicher und betrieblicher Voraussetzungen. Denn die Konvention will nicht ausreichend befähigte Wettbewerber von einem Markt fernhalten, dem beträchtliche Risiken für die Kunden innewohnen. Die Interessen der Kartellmitglieder sind also nicht ausschliesslich auf Fernhaltung neuer Anbieter gerichtet. Sie sind auch nicht rein finanzieller Art. Sie zielen vielmehr darauf ab, einen gut funktionierenden Markt zu organisieren, der sich durch einen hohen Standard an fachlichen und charakterlichen Qualitäten der Beteiligten auszeichnet. Ein Ausschluss derjenigen Wettbewerber, die den angestrebten Standard nicht aufweisen, liegt ohne Zweifel im di-

rekten Interesse der Kartellmitglieder, denn unlautere, unreelle Geschäftspraktiken können das Vertrauen in den gesamten Wertpapierhandel erschüttern und damit dem ganzen Geschäftszweig einen nicht wieder gut zu machenden Schaden zufügen. Dieses Interesse koinzidiert aber mit dem allgemeinen Interesse, da durch das angestrebte Qualitätsniveau die Kunden vor finanziellem Schaden bewahrt werden. Überdies liegt die Marktordnung insofern auch in dem vom Bundesgericht in seinen neueren Urteilen angesprochenen volkswirtschaftlichen Interessen, als sie die Funktionstüchtigkeit des Wertpapiermarktes (die für die Wirtschaft von lebenswichtiger Bedeutung ist) sicherstellt. Der gesetzliche Hinweis bezüglich der Angemessenheit beruflicher und betrieblicher Voraussetzungen schränkt den Spielraum des Kartells wesentlich ein, wird man doch an Voraussetzungen nur das verlangen dürfen, was objektiv und vernünftigerweise für eine ordentliche Betriebsführung erforderlich ist[106]. Die von der Konvention verlangten persönlichen Voraussetzungen bewegen sich in diesem Rahmen. Denn fachmännische Kenntnisse und die Gewähr eines seriösen Geschäftsgebarens bieten allein eine gewisse Sicherheit, dass finanzielle Gefährdungen (soweit als möglich) von den Kunden abgewendet werden können.

Durch die kartellistische Beschränkung des Zugangs zum Wertpapiermarkt soll ein reelles Geschäftsgebaren sichergestellt und die Gefahr unseriöser Manipulationen verkleinert werden. Eine derartige private Ordnung drängt sich auf, da im heutigen Zeitpunkt nur die Börsenkantone über Zulassungsbeschränkungen verfügen, während in den übrigen Kantonen jedermann Zugang zum Wertpapierhandel hat. Die Verwirklichung angemessener beruflicher Voraussetzungen steht überdies in engem Zusammenhang mit der in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG erwähnten Gewährleistung des lauteren und unverfälschten Wettbewerbs. Denn eine Beschränkung auf Anbieter, die Gewähr für ein reelles Geschäftsgebaren bieten, trägt indirekt zur Lauterkeit des Konkurrenzkampfes bei[107].

Die aus der Courtagekonvention resultierende Preisdiskriminierung entspricht auch dem in Art. 5 KG vorgesehenen Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Die Behinderung beeinträchtigt die Freiheit der Betroffenen weder im Verhältnis zum angestrebten Ziel noch in der Art und Durchführung übermässig. Das an sich hochgesteckte Ziel, das von allgemeinen volkswirtschaftlichen Interessen gewichtiger Art mitgetragen wird, rechtfertigt auch relativ schwerwiegende Eingriffe wie die hier zur Diskussion stehende Preisdiskriminierung. Die vom Kartell eingesetzten Mittel sind im Prinzip (gerade noch) geeignet, Anbieter, die keine Gewähr für ein reelles und lauteres Geschäftsgebaren bieten können, vom Markt fernzuhalten. Bei weniger weit gehenden Behinderungen wäre der Erfolg zweifellos in Frage gestellt, hat der Aussenseiter doch auch heute schon bestimmte Möglichkeiten (trotz Vorkehren des Kartells) am Wertpapierhandel zu partizipieren (interne Kompensationen).

106 Schürmann L., Kommentar, S. 90.

107 Vgl. auch den Entscheid des Gerichtspräsidenten II Burgdorf (Werbefahrten), VKK 1971, S. 311.

Das Kartell schliesst sich auch keineswegs gegen neue Konkurrenten ab. Erfüllt ein Anbieter die verlangten Anforderungen (guter Ruf, ausreichende fachmännische Kenntnisse), so kann er ohne weiteres (d.h. ohne zusätzliche Verpflichtungen) der Konvention beitreten und von den Preisvergünstigungen profitieren.

8.2.3.4. Der interne Kartellzwang im Bankengewerbe

Der interne Kartellzwang ist im schweizerischen Bankengewerbe nicht strenger als der externe[108]. Bemerkenswert ist vor allem die Absenz von Massregelungen. Derartige Vorkehren zur Durchsetzung interner Kartellverpflichtungen – die das Kartellgesetz im Rahmen der Verhältnismässigkeit zulässt – sind weder in gesamtschweizerischen noch in regionalen Vereinbarungen vorgesehen[109]. Zwar kennen die meisten Vereinbarungen Sanktionsordnungen, die bei Verletzung der übernommenen Verpflichtungen Platz greifen. Sie sind aber nicht einschneidend und stellen in der Regel ein blosses Minimum dar, um den Zusammenhalt der Kartelle zu sichern. Die in einigen Fällen vorgesehenen Konventionalstrafen bewegen sich (mit Ausnahme derjenigen der Courtagekonvention) in Grössenordnungen, die eine Wirksamkeit fraglich erscheinen lassen[110]. Praktisch alle Verbände haben die Möglichkeit, das fehlbare Mitglied bei wiederholten Zuwiderhandlungen gegen Vereinbarungen auszuschliessen. Allerdings zeitigt auch eine solche Massnahme für das betroffene Institut keinerlei nennenswerte wirtschaftliche Nachteile. Es kann weiterhin (als Aussenseiter) auftreten, ohne Benachteiligungen in Kauf nehmen zu müssen. Selbst ein Ausschluss aus der Dachorganisation beraubt das Institut nicht der Möglichkeit, weiterhin an Vereinbarungen dieser Vereinigung teilzuhaben.

Auch der Austritt ist mit keinerlei Schwierigkeiten verbunden: die Kündigungsfristen bewegen sich (soweit überhaupt vorgesehen) im üblichen Rahmen (meist zwischen 3 und 6 Monaten)[111]; Auslösungssummen oder andere Austrittserschwerungen sind keine bekannt.

108 Vgl. VKK 1968, S. 310 ff.

109 Einzig die Konvention XIV der Bankiervereinigung sah die Möglichkeit eines Massregelungsboykottes vor. Sie wurde am 17. Januar 1973 ausser Kraft gesetzt (vgl. VKK 1968, S. 311).

110 Vgl. VKK 1968, S. 311, 313; die Tessiner Bankvereinigung sieht Konventionalstrafen von Fr. 100.– vor; die Notenkonvention auf dem Platz Luzern kennt Bussen von Fr. 200.–.

111 Eine etwas längere Kündigungsfrist (nämlich 1 Jahr) kennen nur die Konvention IV der Bankiervereinigung (Gebühren bei der Aufbewahrung von Wertpapieren) und der Revisonsverband bernischer Banken und Sparkassen.

8.3. Verwaltungsrechtliche Bestimmungen des Kartellrechts

8.3.1. Allgemeines

Der verwaltungsrechtliche Teil des KG sieht vor, dass die rechtsanwendende Behörde im öffentlichen Interesse tätig werden soll, um den verfassungsmässigen Auftrag zu erfüllen, denn volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen des Kartell- und Monopolwesens zu begegnen. Das geschieht dadurch, dass die vom Bunddesrat ernannte Kartellkommission (Art. 17 KG) von sich aus oder auf Antrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) Erhebungen über Stand, Entwicklung und Auswirkung der Kartelle und ähnlichen Organisationen durchführt (Art. 18 KG)[112]. Das EVD kann die Kartellkommission aber auch mit Sonderuntersuchungen beauftragen, durch welche abgeklärt werden soll, ob Kartelle oder ähnliche Organisationen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigen (Art. 20 KG). Die Kommission kann in ihren Stellungnahmen empfehlen, einzelne Kartellbestimmungen abzuändern oder aufzuheben oder bestimmte Vorkehren zu unterlassen (Art. 20 Abs. 2 KG). Werden die Empfehlungen nicht befolgt, so kann das EVD im öffentlichen Interesse aufgrund der Sonderuntersuchung beim Bundesgericht Klage erheben, wenn ein Kartell oder eine ähnliche Organisation den Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig oder Beruf in einer mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbaren Weise ausschliesst oder erheblich beeinträchtigt (Art. 22 KG). Wird die Klage gutgeheissen, so ordnet das Bundesgericht die erforderlichen Massnahmen an; insbesondere kann es Kartellbestimmungen aufheben oder ändern und Vorkehren von Kartellen und ähnlichen Organisationen verbieten[113] [114].

Das öffentliche Kartellrecht stellt eine notwendige Ergänzung der zivilrechtlichen Missbrauchsvorschriften dar. Zwar dienen auch diese (wie in den Materialien ausdrücklich betont wird) dem öffentlichen Interesse, indem sie ein genügendes Mass an Wettbewerbsfreiheit anstreben. Eine richterliche Beurteilung (und damit eine Durchsetzung des Wettbewerbs) kann indessen nur erfolgen, wenn ein (aktivlegitimierter) Aussenseiter erheblich behindert wird und sich gegen die Beeinträchtigung seiner Wirtschaftsfreiheit zur Wehr setzt. Die Kartellbehörden müssen aber (im öffentlichen Interesse) auch dort tätig werden können, wo kein Konkurrent sich in seinen Persönlichkeitsrechten tangiert fühlt; und überdies dort, wo die Aussenseiter von ihren Möglichkeiten keinen Gebrauch machen[115]. Der Zweck

112 Die Berichte werden in der Regel veröffentlicht (Art. 18 KG).

113 Bis heute wurde das Bundesgericht noch nie angerufen.

114 Vgl. zum öffentlichrechtlichen Instrumentarium: Merz H., Kartellgesetz, S. 95 ff.; Schürmann L., Kommentar, S. 80 ff.; derselbe, Durchführung des Kartellgesetzes, S. 81 ff.; Gunz H., Das öffentlichrechtliche Instrumentarium des Kartellgesetzes, Freiburger Diss., Winterthur 1969.

115 Vgl. Merz H., Kartellgesetz, S. 98; Baur J., a.a.O., S. 39; vgl. auch Schürmann L., Stellung und Funktion der Schweizerischen Kartellkommission im Rahmen der Wettbewerbspolitik, WuR 1967, S. 1 ff.

der öffentlichrechtlichen Bestimmungen liegt also in der Aufrechterhaltung eines bestimmten Wirtschaftssystems und zwar nicht um seiner individualrechtlichen, sondern um seiner gesamtwirtschaftlichen Vorzüge willen[116].

In der Praxis ist es äusserst schwierig, zu konkretisieren, wann eine *volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkung* vorliegt[117]. Das Gesetz enthält dazu in Art. 22 insofern eine Präzisierung, als es den Ausschluss oder die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in einem Wirtschaftszweig oder in einem Beruf grundsätzlich als unzulässig erklärt, wenn damit gegen das Gesamtinteresse verstossen wird, insbesondere zum Nachteil der Konsumenten. Das öffentliche Kartellrecht nimmt also Wettbewerbseingriffe erst dann aufs Korn, wenn sie mit dem Gesamtinteresse nicht zu vereinbaren sind. Das bedeutet, dass eine Marktordnung durch Kartelle und ähnliche Organisationen solange hinzunehmen ist als sie "im Ergebnis mit dem Gesamtinteresse vereinbar ist (und daher im Blick auf das Gemeinwohl besser abschneidet als Wettbewerbskoordination)"[118]. Da unter dem Gesamtinteresse die Gesamtheit aller öffentlichen Interessen[119] zu verstehen ist, die in den wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Zielen konkretisiert werden, ist die rechtsanwendende Behörde genötigt, die Auswirkungen der Kartelle und der ähnlichen Organisationen (Wettbewerbsausschluss, -beeinträchtigung) im Blick auf eben diese Ziele zu prüfen. Vermögen Kartelle und kartellähnliche Organisationen (trotz Wettbewerbsausschluss oder -beeinträchtigung) diese Ziele besser zu erreichen als eine ungebundene Ordnung, so sind sie weder volkswirtschaftlich noch sozial schädlich. Denn es "ist mit dem Gesamtinteresse unvereinbar, in einem Wirtschaftszweig oder Beruf einen Koordinationstypus einzusetzen, der die übergeordneten Ziele im Ergebnis schlechter verwirklicht als ein anderer verfassungsmässig zulässiger Typus"[120].

Die Literatur vertrat ursprünglich die Ansicht, das Gesamtinteresse erfordere in jedem Fall ein bestimmtes Wettbewerbsminimum. Wettbewerbsbehinderungen wurden deshalb nur so lange als mit dem Gesamtinteresse vereinbar angesehen, als sie den Wettbewerb bloss abschwächen, partiell einschränken oder verlagern[121]. Unbestritten anerkanntes Rechtsgut war das Wettbewerbsminimum[122]. Diese Auffassung stützte sich auf die in den Materialien zum Ausdruck kommende Konzeption des "möglichen Wettbewerbs"[123] und damit auf die Vorstellung der Preisbildungskommission, wonach "Wettbewerbsbeschränkungen und der Einsatz von

116 Baur J., a.a.O., S. 39; Merz H., Kartellgesetz, S. 111.
117 Vgl. Schluep W.R., Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S. 397 f.; derselbe, Die Rule of Reason, S. 70.
118 Schluep W.R., Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellrecht, S. 598 f.
119 Schluep W.R., Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S. 399; Biedenkopf K., Rechtsfragen der Konzentration, S. 22.
120 Schluep W.R., Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellrecht, S. 599, Anm. 134.
121 Schluep W.R., Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S. 400 f.
122 Schluep W.R., Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, S. 401; derselbe, Die Rule of Reason, S. 71; Merz H., Kartellgesetz, S. 95 f.; Schürmann L., Kommentar, S. 80; Baur J., a.a.O., S. 39.
123 Botschaft, S. 58.

Marktmacht dem gesamtwirtschaftlichen Interesse dann zuwiderlaufen, wenn dadurch der Wettbewerb soweit ausgeschaltet wird, dass er als Marktregulator nicht mehr funktionsfähig ist"[124]. Nach dieser Konzeption wäre jeweils abzuklären, ob Wettbewerbsbeschränkungen in einem Wirtschaftszweig oder Beruf ein noch *funktionsfähiges Wettbewerbsminimum* übriglassen oder ob die Auswirkungen im Markt bereits ein bestimmtes Mass (eine bestimmte Toleranzgrenze) überschreiten, so dass die ökonomische Vorteilhaftigkeit und insoweit das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung in Frage gestellt ist[125]. So hat denn die Kommission in ihren früheren Erhebungen Marktstruktur, -verhalten und -ergebnisse untersucht[126] und Wettbewerbsbeschränkungen nach dem Mass des am betreffenden Markt verbleibenden Wettbewerbsgrades gewertet, wobei die Summe aller noch spielender Träger der engeren und weiteren Konkurrenz für die Beurteilung massgebend war[127]. Schon recht früh hat die Kartellkommission Vorbehalte in bezug auf das mitzuwürdigende Gesamtinteresse angebracht[128].

Im Laufe der Zeit ist die Kommission dann mehr und mehr von der Konzeption des möglichen Wettbewerbs abgerückt[129]. Die Frage, ob Wettbewerbsbeschränkungen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigen, wurde immer weniger nach dem Kriterium des verbleibenden Wettbewerbsgrades beurteilt; vielmehr beschränkte man sich zunehmend auf "performance-tests" im Sinne des "bilan économique et social", so dass heute sämtliche positive und negative Wirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung bewertet, aufaddiert und gewichtet werden[130]. Dieses ausdrückliche Bekenntnis zur *Saldotheorie* SIEBERS bedeutet, dass Wettbewerbsausschlüsse und -behinderungen zwar nach wie vor als volkswirtschaftlich und sozial schädlich zu beurteilen sind. "Dies freilich nur unter dem doppelten Vorbehalt: dass die negativ zu Buch stehenden Wettbewerbsbeschränkungen nicht kompensiert oder überkompensiert werden durch günstige Ergebnisse z.B. im Blick auf die Preise, die Produktqualität usw.; und dass ein allfällig negativer Saldo im volkswirtschaftlichen oder sozialen Bereich nicht hinzunehmen sei aus andern Gründen des Gemeinwohls wie z.B. Kriegsvorsorge, Schutz der Volksgesundheit usw."[131]. Damit wurde der Tatsache Rechnung getragen, dass der Wettbewerb nicht immer die bestmögliche Verwirklichung des Gemeinwohls garantieren kann, dass vielmehr

124 Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, S. 160.
125 Schluep W.R., Schweizerische Wettbewerbspolitik, S. 124 f.; Baur J., a.a.O., S. 39.
126 Fröhlicher K., Die Kartellkommission und der Wettbewerb, WuR 1968, S. 241.
127 Fröhlicher K., Die Kartellkommission und der Wettbewerb, S. 255.
128 Schluep W.R., Schweizerische Wettbewerbspolitik, S. 125; Fröhlicher K., Die Kartellkommission und der Wettbewerb, S. 255 mit Hinweis auf VKK 1966, S. 291 f., VKK 1971, S. 45; VKK 1969, S. 67 f.
129 Kritisch Allemann H., Wettbewerbspolitik vor der Entscheidung, Konkurrenzwirtschaft oder Schutz der Kartelle, in NZZ Nr. 203 vom 2./3. September 1978, S. 15 f.
130 Schluep W.R., Schweizerische Wettbewerbspolitik, S. 125 mit Hinweis auf VKK 1974, S. 415 ff. (Biermarkt). Vgl. zur Praxis der Kartellkommission auch Schürmann L., Zur neueren Entwicklung der Kartell- und Wettbewerbspolitik aus schweizerischer Sicht, WuR 1973, S. 77 ff.
131 Schluep W.R., Schweizerische Wettbewerbspolitik, S. 126.

unter Umständen andere Koordinationsmittel eher in der Lage sind, die übergeordneten Ziele zu erreichen[132]. Dies allerdings mit der Folge, dass die Rechtsanwendung heute nur noch "am Rande auf dem Boden des möglichen Wettbewerbs"[133] steht (von dessen Leitbild sich der historische Gesetzgeber hat leiten lassen) und durch Einzelfallprüfungen mit zahlreichen Hypothesentests erschwert wird.

Die Saldotheorie ist fragwürdig. Sie degradiert das an sich zentrale Wettbewerbskriterium zu einem Aspekt unter vielen. Gefahr droht vor allem, wenn immer mehr zusätzliche (vielleicht sogar willkürlich gewählte) Aspekte berücksichtigt werden. Denn dann gerät der Wettbewerb (selbst bei einer relativ starken Gewichtung) immer mehr in den Hintergrund. Trotz dieser grundsätzlichen Bedenken soll im folgenden versucht werden, anhand der von SIEBER[134] entwickelten Kriterien abzuklären, ob die Bankkartelle volkswirtschaftlich und sozial schädlich sind. Dazu ist es notwendig, vorerst klarzustellen, welches überhaupt die Wirkungen der bestehenden Organisationen sind, was allein durch die Gegenüberstellung des Ist-Zustandes und des hypothetischen Zustandes bei freier Konkurrenz geschehen kann. Da eine solche Gegenüberstellung mit Annahmen über die voraussichtliche künftige Entwicklung arbeiten muss, ist sie naturgemäss mit grossen Schwierigkeiten und Unsicherheiten behaftet. Dies besonders dann, wenn – wie im Bankwesen – nicht eine frühere kartellfreie Zeit Anhaltspunkte über die zu erwartenden Strukturveränderungen liefern kann.

Die aus der Gegenüberstellung abgeleiteten Wirkungen dürfen nur dann als schädlich bewertet werden, wenn sie den massgebenden wirtschafts- und sozialpolitischen Zielsetzungen zuwiderlaufen, wenn also die Kartellregelung in geringerem Masse geeignet ist, die bestehenden Ziele zu erreichen als eine freie Ordnung. Hier liegt die zweite Schwierigkeit, sind doch diese Zielsetzungen nicht mit letzter Sicherheit bekannt, weil kein eigentliches festgefügtes Zielsystem besteht. Die einzelnen Ziele müssen vielmehr aus der wirtschafts- und sozialpolitischen Gesetzgebung und aus der Praxis abgeleitet werden, wo sie indessen zum Teil nur sehr undeutlich zum Ausdruck kommen. Ferner ist zu beachten, dass den einzelnen Zielsetzungen nicht die gleiche Bedeutung zukommt. Daher ist es unzulässig, die festgestellten positiven und negativen Wirkungen einfach zu saldieren. Diese müssen vielmehr, der Rangordnung der Ziele entsprechend, mit Gewichten versehen werden. Fehlt eine klare Rangordnung, so ist nach Meinung SIEBERS die rechtsanwendende Behörde genötigt, eine eigene Wertung vorzunehmen[135]. Hier ist aber grosse Zurückhaltung angezeigt, denn die Aufgabe der Kartellbehörden beschränkt

132 Vgl. aber Heuss E., (Allgemeine Markttheorie, Tübingen/Zürich 1965, S. 220 ff.), der die Kartelle grundsätzlich negativ beurteilt, weil sie produktive, die wirtschaftliche Entwicklung fördernde Kräfte abwürgen und zur Erlahmung der Initiative der Wirtschaftssubjekte führen. Differenzierter: Aust E., a.a.O., S. 163 ff.

133 Schluep W.R., Schweizerische Wettbewerbspolitik, S. 126.

134 Vgl. Sieber H., Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, WuR 1973, S. 48 ff.

135 Sieber H., Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit, S. 64.

sich darauf, Wirkungen zu werten; sie sollen nicht Wirtschaftspolitik betreiben. Deshalb dürfen sie zwar die nicht klar ersichtlichen aber doch bestehenden Zielskalierungen herauskristallisieren, nicht aber eigene Zielsysteme aufbauen.

Es liegt auf der Hand, dass primär die Auswirkungen der Kartelle auf den Wettbewerb untersucht werden (Wettbewerbsmöglichkeit, -intensität, Lauterkeit und Unverfälschtheit). Diese Wirkungen allein lassen jedoch noch keine abschliessende Aussage zu, ob die bestehende Marktordnung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sei, denn auch eine extreme Beschränkung des Wettbewerbs kann sich – wie aus dem schon früher Gesagten hervorgeht – gesamtwirtschaftlich günstig auswirken. Die Kartellordnung muss deshalb zusätzlich im Lichte einer Reihe von Ergebniskriterien beurteilt werden (Preise, Kosten, Qualität, Struktur)[136].

8.3.2. Beurteilung der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit der Bankenkartelle

8.3.2.1. Wettbewerbsmöglichkeit

Die Wettbewerbsmöglichkeit wird im Bankengewerbe trotz starker Kartellierung im allgemeinen nicht aufgehoben, denn praktisch bei allen Vereinbarungen haben Aussenseiter die Möglichkeit, ohne erhebliche Behinderung zu operieren. Aber auch innerhalb der durch Absprachen gebundenen Gruppen bleibt der Wettbewerb weitgehend möglich, da die einzelnen Marktordnungen nur einen Teil der absatzpolitischen Mittel einbeziehen, so dass für die Entfaltung des Konkurrenzkampfes durchaus Raum bleibt. Selbst die Preiskartelle, die den Einsatz der Marketingmittel recht weitgehend beschränken, lassen eine Konkurrenzierung in bestimmten Grenzen zu. So sehen Gebühren- und Aktivzinskartelle lediglich Minimalpreise vor, die nicht unterschritten werden dürfen, und Passivzinskartelle begnügen sich mit der Festsetzung von Höchstzinsen. Ausserhalb dieser Grenzen bleibt die Preisfestsetzung den Einzelinstituten überlassen.

Die Wettbewerbsmöglichkeit der Aussenseiter fehlt einzig im Wertpapier- und im Emissionsgeschäft. Die Nichtmitglieder der Courtage-Konvention müssen den Börsenbanken eine höhere Kommission bezahlen als die Vertragspartner, was zur Folge hat, dass sie keine konkurrenzfähige Leistung anbieten können. Im Emissionsgeschäft besteht zwar theoretisch die Möglichkeit, sich am Wettbewerb zu beteiligen. Weil sich aber praktisch nur Banken*gruppen* diesem Geschäftszweig widmen können, die finanz- und plazierungskräftigen Grossinstitute aber alle bereits in den bestehenden Syndikaten vertreten sind und damit als potentielle Partner ausscheiden, besteht für den Aussenseiter eben doch keine echte Möglichkeit (allein oder mit andern) Konkurrenzangebote zu unterbreiten.

136 Vgl. Sieber H., Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit, S. 51 ff.; vgl. auch Sieber H., Aktuelle Probleme der schweizerischen Wettbewerbspolitik. WuR 1967, S. 26 ff.

Wenn das Ziel der Wettbewerbsmöglichkeit (angesichts der in Art. 5 KG festgelegten Rechtfertigungsordnung) auch nicht unter allen Umständen gewährleistet wird, also nicht absolut gilt, so kommt ihm in der schweizerischen Wirtschaftspolitik doch ein hoher Stellenwert zu. Demzufolge sind allfällige Kartellwirkungen, die eine Aufhebung oder erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeit bedeuten, als grundsätzlich schädlich anzusehen. Die Schädlichkeit entfällt nur dort, wo das Ziel der Wettbewerbsmöglichkeit hinter andere, höherwertig einzustufende Ziele zurückzutreten hat. Der Ausschluss der Wettbewerbsmöglichkeit im Wertpapiergeschäft ist deshalb nicht negativ zu werten, weil er primär den in Art. 5 KG als höher eingestuften Zielen der Verwirklichung angemessener beruflicher und betrieblicher Voraussetzungen (lit. b) und der Gewährleistung des lauteren und unverfälschten Wettbewerbs (lit. a) dient. Aber auch die fehlende Wettbewerbsmöglichkeit im Emissionsgeschäft ist nicht schädlich, da eine Konkurrenzierung, wegen der Grösse der abzuwickelnden Geschäfte auch ohne Kartellordnung praktisch nicht Platz greifen könnte. Die bestehende Vereinbarung bezweckt zudem positiv die Förderung einer im Gesamtinteresse erwünschten Struktur, will sie doch – durch den Aufbau einer festen Organisation und durch die Mitwirkung der finanz- und plazierungskräftigen Institute – sicherstellen, dass die finanziellen Bedürfnisse der Grosskunden befriedigt werden können, was ohne gemeinsames Vorgehen nicht möglich wäre.

8.3.2.2. Wettbewerbsintensität

Soll der Wettbewerb seiner produktionslenkenden Funktion gerecht werden, muss er eine gewisse Intensität aufweisen. Aus diesem Grund sind Kartellwirkungen, die zwar die Wettbewerbsmöglichkeit nicht beeinträchtigen, jedoch eine erhebliche Verminderung des Wettbewerbsgrades zur Folge haben, als schädlich einzustufen.

Eine Aufnahme des Ist-Zustandes zeigt, dass im Bankengewerbe trotz vielfacher Beschränkungen des Marketingmittel-Einsatzes nach wie vor intensiver Wettbewerb herrscht. Die vielfältigen Kartellierungen bringen den Konkurrenzkampf keineswegs zum Erliegen; sie führen lediglich zu einer Verlagerung des Schwergewichts der Auseinandersetzungen von den mit Schranken belegten absatzpolitischen Instrumenten (vor allem den Preisen) zu den Wettbewerbsmitteln, deren Einsatz nicht durch Vereinbarungen begrenzt ist (z.B. Innovationswettbewerb, Qualitätswettbewerb, Inseratwettbewerb, Filialgründungen)[137]. Durch die Beschränkung des Wettbewerbs in einigen Sektoren – vor allem durch die Limitierung des Preiswettbewerbs – soll die Existenzgrundlage der Kreditinstitute gesichert und der Gefahr einer Wettbewerbsübersteigerung begegnet werden. Den Absprachen liegt somit die Erkenntnis zugrunde, dass auf oligopolistischen Märkten – die im Bankengewerbe ja vorherr-

137 Vgl. auch Schuster, a.a.O., S. 195 ff.

schen – die latente Gefahr eines Preiskampfes bzw. eines übersteigerten Einsatzes der übrigen Marketingmittel besteht, die durch Kartellabsprachen beseitigt oder wenigstens verkleinert werden kann. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass die bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen den Einsatz der einzelnen Marketingmittel in keinem einzigen Fall völlig unterbinden. Selbst die Preiskartelle lassen tatsächlich ein ansehnliches Mass an Wettbewerb zu.

Ausserhalb der Kartelle selbst sorgt ein heftiger *Aussenseiterwettbewerb* dafür, dass der Wettbewerb nicht zum Erliegen kommt, denn es gibt auf dem Schweizer Markt praktisch keine Kartelle, die nicht mit Aussenseitern zu tun hätten. Aber selbst in denjenigen Regionen, in welchen alle Banken kartellistisch erfasst sind, kommt der Wettbewerb nicht völlig zum Erliegen, da ausserregionale Institute für einen Ausgleich sorgen. Die Konkurrenzierungsrichtlinien der Bankiervereinigung auferlegen den Mitgliedern zwar die Pflicht, lokale und regionale Konventionen einzuhalten. Damit verhindern sie, dass sich der Wettbewerb interregional völlig frei entfalten kann. Diese Beschränkung geht aber nicht so weit wie die Kartellkommission in ihrem Bericht angenommen hat[138]. Denn zum einen haben auch diese "Richtlinien" Aussenseiter, die sich nicht um die Beschränkung zu kümmern haben; zum andern versteht die Vereinigung – wie sie in ihrem Schreiben an die Mitgliedinstitute vom 19.1.1971 zum Ausdruck gebracht hat – diese Norm nicht in dem Sinn, dass alle an einem bestimmten Ort niedergelassenen Personen nach den dort geltenden Kartellvereinbarungen zu behandeln sind, was gewissermassen einen Rückfall ins Personalitätsprinzip bedeuten würde. Vielmehr wollen die Konkurrenzierungsrichtlinien lediglich verhindern, dass eine auswärtige Bank in einer andern Region auftreten kann, ohne an die örtlichen Konventionen gebunden zu sein. Einem potentiellen Bankkunden steht es aber völlig frei, seine Bedürfnisse bei einem ausserregionalen Institut zu befriedigen, was angesichts der engen geographischen Verhältnisse und der technischen und kommunikatorischen Hilfsmittel ohne weiteres möglich ist. Die Vorschriften über die Einhaltung lokaler Konventionen führt wohl zu einer gewissen Regionalisierung; die Aufteilung in Teilmärkte hat aber nicht zur Folge, dass der Wettbewerb zwischen den einzelnen Märkten völlig zum Erliegen kommt[139]. Deshalb sind auch diejenigen regionalen Verbände, die keine Aussenseiter haben, bei der Festlegung ihrer Bedingungen nicht völlig frei.

Bei der Messung des verbleibenden Wettbewerbs prüft die Kartellkommission neben dem engeren Wettbewerb (Aussenseiterkonkurrenz) regelmässig auch das Mass des vorhandenen weiteren Wettbewerbs (Substitutionskonkurrenz, Auslandkonkurrenz). Spielt dieser Wettbewerb, so kann ein weitgehender Ausschluss der engeren Konkurrenz ausgeglichen werden, liegt doch ein Wettbewerbsrest vor, der der kartellistischen Willkür Grenzen setzt; also verhindert, dass die Kartelle ihre absatzpolitischen Entscheide ohne jede Rücksicht auf die Marktverhältnisse treffen können[140].

138 Vgl. VKK 1968, S. 315.

139 Der Wettbewerb zwischen den Teilmärkten wird hingegen dann weitgehend ausgeschaltet, wenn ein Markt die Funktion eines Preisführers übernimmt und die übrigen ihre Preise stillschweigend übernehmen (Zürcher Zinskonvenium, Notenkonvention des Verbandes Zürcherischer Kreditinstitute).

140 Vgl. VKK 1966, S. 118 f. (Biermarkt).

Im Bankengewerbe stehen verschiedene Angebotskomponenten in (teilweise heftiger) *Substitutionskonkurrenz* mit Leistungen anderer Branchen. So besteht namentlich ein Wettbewerbsverhältnis zu Vermögensverwaltungen, Pensionskassen, Versicherungsgesellschaften (Hypothekar- und Darlehensgeschaft) und zur Post (Zahlungsverkehr). Da der bankinterne Wettbewerb weitgehend intakt ist, kommt der Substitutionskonkurrenz nicht die Aufgabe zu, den fehlenden engeren Wettbewerb zu ersetzen; sie trägt aber in den Bereichen, in denen sie zum Tragen kommt, zur Ergänzung und Verstärkung des bestehenden Wettbewerbs bei.

Die *Auslandkonkurrenz* spielt als Wettbewerbsfaktor im Bankengewerbe eine untergeordnete Rolle, da die ausländischen Universalbanken vor allem dem Kunden des Massengeschäfts keine Alternative zum inländischen Angebot zu bieten vermögen. Eine zu grosse Kundendistanz und die nicht auf die spezifischen Bedürfnisse der inländischen Kunden zugeschnittenen Leistungen (ausländische Währungen) machen ein Ausweichen auf diesen Markt praktisch unmöglich. Immerhin kann der Auslandkonkurrenz im kommerziellen Geschäft und vor allem im Emissionengeschäft eine wettbewerbspolitische Bedeutung zukommen. Denn die Möglichkeit, Schweizerfranken-Anleihen über ausländische Banken zu begeben, verhindert, dass die Emissionssyndikate ihre Preise und Bedingungen völlig marktunabhängig festsetzen können. Dies obwohl sie auf dem inländischen Markt (wenigstens soweit es öffentlich-rechtliche Anleihen betrifft) eine monopolähnliche Stellung innehaben. Eine ähnliche Bedeutung kommt der Auslandkonkurrenz im Börsengeschäft zu, zwingt sie doch die Vereinigung Schweizerischer Effektenbörsen dazu, bei ihrer Preisgestaltung das Preisniveau der ausländischen Börsen zu berücksichtigen, da auch diese als potentielle Ausweichsmöglichkeiten in Frage kommen.

Es ist kaum anzunehmen, dass der heute sehr intensive Wettbewerb nach einem Wegfall der Kartellbindungen an zusätzlicher Intensität gewinnen würde. Denkbar ist allerdings, dass *vorübergehend* mit einer Wettbewerbsverschärfung zu rechnen wäre, die sogar ein solches Ausmass annehmen könnte, dass kleinere Konkurrenten vom Markt verdrängt würden. Das hätte aber zur Folge, dass nach relativ kurzer Zeit eine noch oligopolistischere Marktstruktur entstünde, die wiederum durch die typische Zurückhaltung im Wettbewerb geprägt wäre. Soll die bestehende Wettbewerbsintensität einem hypothetischen kartellfreien Zustand gegenübergestellt werden, so ist *diese* Entwicklung und nicht nur eine wahrscheinlich bloss vorübergehende Verschärfung des Konkurrenzkampfes in den Mittelpunkt der Überlegungen zu stellen.

Mit oder ohne temporäre Intensivierung des Wettbewerbs würde sich die Marktform (auch nach Wegfall der Absprachen) durch stark oligopolistische Züge und damit durch eine ausgeprägte Reaktionsverbundenheit auszeichnen, die die latente Gefahr einer Übersteigerung des Wettbewerbs in sich trügen. Besonders beim Preiswettbewerb würde die Einsicht, dass durch Preisunterbietungen (wegen der sofortigen Reaktion der Konkurrenten) keine Marktanteilsgewinne realisiert werden konnen, sondern im Gegenteil eine Gewinneinbusse hingenommen werden muss und überdies die Gefahr eines Preiskampfes heraufbeschworen wird, rasch zur Erlahmung des Wettbewerbs führen. Wenn die oligopolistische Interdependenz auch nur

auf vollkommenen Märkten in reiner Form anzutreffen ist, so ist doch zu erwarten, dass die bestehende Unsicherheit und das zu erwartende Risiko auch ohne Absprachen die Konkurrenten davor zurückschrecken liesse, eine allzu aggressive Preispolitik zu betreiben. Wahrscheinlich ist, dass Preissenkungen (im Passivgeschäft Preiserhöhungen) nur vorgenommen würden, wenn ein allgemein anerkannter Preisführer mit einer solchen Aktion vorausginge. Das bedeutet, dass der Preiswettbewerb im Vergleich zu seiner heutigen Intensität durchaus auch schlechter abschneiden könnte. Denn gegenwärtig sind zumindest in bestimmten Grenzen Preismanipulationen möglich, die keine Gefahr eines Preiskampfes mit sich bringen, während ohne Kartellbindung bei jeder einzelnen autonomen Preisänderung befürchtet werden müsste, dass sie von den Konkurrenzinstituten überboten wird.

Häufig wird die oligopolistische Reaktionsverbundenheit einzig im Zusammenhang mit Preisunterbietungen betrachtet, weil hier die gravierendsten Auswirkungen verzeichnet werden. Der Oligopolist muss aber auch beim Einsatz der übrigen Marketingmittel die Reaktionen der Konkurrenten in Rechnung stellen. Denn auch der Nichtpreiswettbewerb, auf den sich der Konkurrenzkampf im Oligopol im allgemeinen (mit oder ohne kartellistische Absprachen) verlagert, birgt Gefahren. Selbst wenn der Wettbewerb im Preissektor völlig zum erliegen kommt, ist es durchaus möglich, dass er mit andern Mitteln (Werbung, Verkaufsförderung, Distribution etc.) so erbittert geführt wird, dass ein Ausscheiden der schwächeren Oligopolisten letztlich die unvermeidliche Folge ist[141]. Nicht jedes Oligopol zeichnet sich indessen durch eine Verlagerung des Wettbewerbs auf Nebenkampfplätze aus. Es ist vielmehr auch denkbar, dass die Angst vor einem übersteigerten Wettbewerbskampf die Konkurrenten auch beim Nichtpreiswettbewerb zu einer derartigen Zurückhaltung veranlasst, die den Wettbewerb schliesslich völlig zum Erliegen bringt.

Es ist wahrscheinlich, dass das Bewusstsein der oligopolistischen Reaktionsverbundenheit auch ohne Kartellabsprachen einen grossen Einfluss auf den Einsatz der Marketingmittel ausüben würde. Die Zurückhaltung würde sich wohl auch ohne entsprechende Vereinbarungen nicht auf den Preissektor beschränken; vielmehr ist damit zu rechnen, dass auch bei andern, insbesondere bei den kostenintensiven Marketingmitteln eine freiwillige Einschränkung Platz greifen würde. Der Wettbewerb würde sich also letztlich ohne Kartellordnung kaum wesentlich vom heutigen Zustand unterscheiden. Deshalb kann gefolgert werden, dass die Wettbewerbsintensität durch die Kartellvereinbarungen nicht, oder wenigstens nicht erheblich, eingeschränkt wird. Es ist im Gegenteil sogar möglich, dass die kartellmässige Absicherung bei einigen Marketinginstrumenten einen umso intensiveren, weil unbeschwerteren Wettbewerb bei den übrigen erlaubt, während ein Verzicht auf Kartellabsprachen die bestehende Unsicherheit erhöhen und sich deshalb lähmend auf den Wettbewerbswillen und damit negativ auf den Wettbewerbsgrad auswirken könnte.

141 Dies wollen die Kostenbeschränkungskartelle, die den Wettbewerb auf den Nebenkampfplätzen in Grenzen zu halten versuchen, verhindern.

8.3.2.3. Wettbewerbslauterkeit

Wie unschwer aus dem UWG geschlossen werden kann, sind Kartelle, die die Lauterkeit und Unverfälschtheit des Wettbewerbs beeinträchtigen, als volkswirtschaftlich schädlich zu beurteilen[142]. Umgekehrt sind Absprachen, die einen fairen Wettbewerb bezwecken, positiv einzustufen; dies selbst dann, wenn sie den Wettbewerb bis zu einem gewissen Grad ausschalten. Diese Wertung ergibt sich aus der Rechtfertigungsordnung des KG, die eine an sich erhebliche Wettbewerbsbehinderung, die der Gewährleistung des lauteren und unverfälschten Wettbewerbs dient, als zulässig erklärt, sofern sie nach Art und Durchführung nicht übermässig ist. Das heisst, dass im Fall einer Zielantinomie das Lauterkeitsziel (zumindest bis zu einem gewissen Grad) vorgeht.

Im Bankengewerbe sind keine Kartellwirkungen bekannt, die sich negativ auf die Lauterkeit des Wettbewerbs auswirken. Hingegen gibt es Vereinbarungen, die positiv im Interesse der Lauterkeit erlassen wurden. In diesem Zusammenhang sind besonders die Courtagekonvention der Vereinigung Schweizerischer Effektenbörsen und die Konkurrenzierungsrichtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung in Erinnerung zu rufen, von denen vor allem letztere primär dem Lauterkeitsziel dient; bezwecken doch diese Standesregeln, die negativen Folgen illoyaler Konkurrenz zu verhüten. Dieses Ziel verfolgen sie vor allem dadurch, dass sie die Marktbearbeitungsmassnahmen (Werbung, Verkauf, Verkaufsförderung) recht weitgehenden Beschränkungen unterwerfen[143].

Die Vorschriften der Konkurrenzierungsrichtlinien gehen in weiten Teilen über die Bestimmungen des UWG hinaus. Dagegen ist an sich nichts einzuwenden, denn Art. 5 Abs. 2 lit. a KG gestattet den Kartellen Regeln lauteren Geschäftsgebarens aufzustellen und durchzusetzen, die weiter gehen als die Lauterkeitsschranken des UWG[144]. Eine andere Meinung vertritt allerdings die Kartellkommission, die im Möbelgutachten erklärt hat, private Zwangsmassnahmen dürften nicht eingesetzt werden, um Handlungen zu schützen, die keinen unlauteren Wettbewerb im Sinne des UWG darstellen[145]. Immerhin räumt aber auch die Kommission ein, dass die Kartelle umschreiben dürfen, was ihrer Auffassung nach (unter den besonderen Verhältnissen der Branche) als unlauter anzusehen sei.

Die Konkurrenzierungsrichtlinien der Bankiervereinigung enthalten neben der an sich zulässigen Beschränkung der Marktbearbeitungsmassnahmen einen Abschnitt, der die Unterbietung der lokalen und regionalen Konventionen durch auswärtige

142 Sieber H., Aktuelle Fragen, S. 26 f.; derselbe, Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit, S. 54.

143 Die illoyale Werbung wird dadurch zu unterbinden versucht, dass aufdringliche, marktschreierische und solche Werbepraktiken, die das Ansehen der Banken beeinträchtigen und ihre Leistungskraft sowie ihre wirtschaftlichen, organisatorischen oder finanziellen Grundlagen in unfairer Weise angreifen, als unzulässig erklärt werden.

144 Schürmann L., Kommentar, S. 87 f.; derselbe, Durchführung des Kartellgesetzes, S. 77 f.; Botschaft, S. 32 f.

145 Möbelgutachten, VKK 1966, S. 73.

Institute untersagt und allgemein festhält, dass ein Institut, das einer solchen Konvention nicht angehört, daraus keine illoyalen Vorteile ziehen dürfe. Das heisst mit andern Worten wohl nichts anderes, als dass ein Institut, das die "Richtlinien" anerkennt, sich nicht als Aussenseiter bei andern Kartellen betätigen dürfe. Eine solche Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit muss als unangemessen gelten, können doch die Lauterkeitsziele auch auf eine andere (weniger weit gehende) Art und Weise erreicht werden.

8.3.2.4. Preise

Die bestehenden Zinskartelle sind (wenigstens bis zu einem gewissen Grad) geeignet, den Banken eine angemessene Zinsmarge zu gewährleisten und dadurch ihre Existenzgrundlage sicherzustellen. Die Wirkungen der Zinskartelle dürfen trotzdem nicht überschätzt werden, denn sie sind nicht in der Lage, auf die Dauer die Minimalsätze des Aktivgeschäfts und die Maximalzinssätze des Passivgeschäfts gegen die bestehenden Marktverhältnisse durchzusetzen. Dafür sorgt sowohl die Aussenseiterkonkurrenz als auch die Konkurrenz benachbarter Teilmärkte. Der kartellistisch vorgeschriebene Satz kann also nur vorübergehend den Marktpreis, der sich bei freier Konkurrenz herauskristallisiert, ersetzen. Sinkt der (Aktiv-) Marktzins unter den Kartellpreis, so müssen früher oder später Anpassungen vorgenommen werden. Die Zinskartelle wirken sich also letztlich bloss bremsend aus und sorgen so für einen gewissen Ausgleich kurzfristiger Schwankungen. Die durch die Kartellordnung beeinflussten Preise weichen somit nur geringfügig von den voraussichtlich bei reinem Wettbewerb bestehenden Ansätzen ab. Dies besonders, wenn man eine noch stärker oligopolistische Angebotsstruktur in Rechnung stellt, von der eine zumindest ebenbürtige Bremswirkung ausgehen würde. Sicher wäre es möglich, dass sich die Spanne unter dem Konkurrenzdruck (der wenigstens vorübergehend zu erwarten wäre) verengen würde, denn die grossen Banken wären an sich wohl in der Lage (bedingt durch den grossen Umsatz) sich mit etwas geringeren Margen zu begnügen. Ob eine solche Verengung aber auch beibehalten würde, nachdem ein Teil der Wettbewerber ausgeschieden wäre, ist zumindest fraglich. Dies besonders, wenn man berücksichtigt, dass die Banken sich bei der Festsetzung der Preise im Zinsgeschäft nicht auf eine genau bekannte Preisuntergrenze abstützen können, mit Preiszugeständnissen also stets sehr vorsichtig umgehen müssen. Ein Vergleich mit dem Ausland zeigt übrigens, dass die Schweiz ein sehr günstiges Zinsniveau aufweist. Dies ist zwar nicht den Preiskartellen zu verdanken, sondern muss andern Einflüssen (wie der Geld- und Kreditpolitik der Nationalbank) zugeschrieben werden[146]. Der Vergleich lässt aber den untrüglichen Schluss zu, dass die Preisabsprachen ein niedriges Zinsniveau nicht verhindert haben.

146 Vgl. VKK 1968, S. 318.

Wie die Aktivzinskartelle sehen auch die Gebührenkartelle bloss Minimalpreise vor, die von den Mitgliedern nicht unterschritten werden dürfen; sie beschränken also die Preisgestaltung nur in einer Richtung. Lassen die Marktverhältnisse eine Preiserhöhung zu, so kann eine solche individuell von den Einzelinstituten vorgenommen werden. Aber auch nach unten wirken sich die Gebührenkartelle nur bremsend aus, denn die latente Aussenseiterkonkurrenz, die bei einigen Geschäftszweigen durch die Substitutions- oder Auslandkonkurrenz ergänzt bzw. ersetzt wird, verhindert, dass die Preise nach unten allzu starr sind. Obwohl auch von den Gebührenkartellen eine gewisse Bremswirkung auf allfällige Preissenkungen ausgeht, kann grundsätzlich keine volkswirtschaftlich negative Wirkung diagnostiziert werden. Denn es ist anzunehmen, dass bei einem hypothetischen kartellfreien Zustand (der sich mit hoher Wahrscheinlichkeit durch eine noch oligopolistischere Bankenstruktur auszeichnen würde), ebenfalls eine (vielleicht noch stärkere) Zurückhaltung bei Preissenkungen hingenommen werden müsste. Im übrigen zeigt der Preisvergleich mit dem Ausland auch hier, dass die inländischen Preise im allgemeinen als ausserordentlich günstig eingestuft werden müssen und zum Teil sogar unter den anfallenden Kosten liegen[147]. Die Hauptwirkung der Preiskartelle liegt (neben der Glättung von Preisschwankungen) zweifellos in der positiv zu beurteilenden Minimierung der Gefahr eines Preiskampfes unter gleichzeitiger Ermöglichung eines begrenzten Preiswettbewerbs.

Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass die übergeordneten wirtschaftspolitischen Ziele auf die *Sicherung der Preisstabilität* ausgerichtet sind. Diese preispolitische Leitlinie zur Beurteilung der Kartellauswirkungen ergibt sich direkt aus den Zielen der Konjunkturpolitik, die eine weitere Geldentwertung verhindern wollen. Von dieser Zielsetzung ausgehend kann gefolgert werden, dass jede Kartellwirkung, die preissteigernd in Erscheinung tritt (oder die den Preiszerfall hemmt), als gesamtwirtschaftlich schädlich zu bezeichnen ist[148]. Für die Beurteilung der Gebührenkartelle kann dieses Kriterium ohne weiteres angewendet werden. Bei den Zinskartellen hingegen eignet sich diese Betrachtungsweise nicht. Denn der Zins ist ein Steuerungsmittel der Geld- und Kreditpolitik. Mit seiner Beeinflussung wird versucht, volkswirtschaftliche Globalgrössen, wie die Geldmenge und die Investitionstätigkeit, zu regulieren. Wird eine restriktive Geld- und Kreditpolitik betrieben mit dem Ziel, die Geldmenge und die Investitionstätigkeit zu drosseln, sind steigende Zinssätze erwünscht, während in einer Phase expansiver Politik tiefe Zinssätze angestrebt werden. Es ist deshalb schlechthin unmöglich, die in eine bestimmte Richtung gehenden Zinswirkungen zum vornherein als volkswirtschaftlich günstig oder ungünstig zu werten. Das wäre nur unter Berücksichtigung der jeweiligen geldpolitischen Ziele möglich. Unter dem Aspekt der Teuerungsbekämpfung sind Zinskartelle deshalb volkswirtschaftlich nur schädlich, wenn sie die Operationalität der Geldpolitik behindern, was beispielsweise dann der Fall wäre, wenn die Kar-

147 Vgl. VKK 1968, S. 320 f.
148 Vgl. Sieber H., Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit, S. 58.

telle ein Durchschlagen der notenbankpolitischen Massnahmen auf die anvisierten Globalgrössen verlangsamen würden. Eine solche Wirkung kann den bestehenden Kartellen nicht zugesprochen werden. Im Gegenteil, es kann mit gutem Recht sogar die Auffassung vertreten werden, dass die Zinskartelle eine rasche Fortpflanzung der Massnahmen bis in die feinsten Verästelungen des Bankengewerbes erst ermöglichen. Ohne Kartelle wäre es fraglich, ob die zinspolitischen Massnahmen der Nationalbank überhaupt auf alle Geschäftsbeziehungen der Kreditinstitute in abgelegenen Tälern des Berner Oberlandes oder der Innerschweiz durchschlagen würden[149]. Zumindest aber müssten erhebliche Verzögerungen in Kauf genommen werden, die beim Bestehen regionaler Kartelle, die sich überdies nach einem Preisführer ausrichten (Zürcher Zinskonvenium), wegfallen.

Neben der angestrebten Erhaltung der Geldwertstabilität steht (gleichwertig) das wirtschaftspolitische Ziel der Sicherstellung eines ausreichenden *Wachstums*. Wirtschaftliches Wachstum bedingt aber Investitionen, und diese wiederum verlangen generell nach einem möglichst tiefen Aktivzinsniveau. Man kann deshalb feststellen, dass Zinskartelle dann nicht schädlich sind, wenn sie grundsätzlich ein tiefes Aktivzinsniveau zulassen und unverzüglich auf geldpolitische Massnahmen zu reagieren in der Lage sind. Dem könnte allerdings das Ziel der Sparförderung gegenüberstehen, das eher nach hohen Passivzinsen ruft. Dazu ist allerdings zu bemerken, dass die Sparer nicht unbedingt an einem hohen Nominalzinssatz, sondern vielmehr an einer hohen Realverzinsung (unter Berücksichtigung der Inflationsrate) interessiert sind. Das aktuelle Beispiel der Schweiz zeigt, dass dieses Ziel auch bei einem allgemein tiefen Zinsniveau zu erreichen ist.

Schliesslich muss in diesem Zusammenhang auch auf das Ziel der *Gewährleistung eines leistungsfähigen, sicheren und gesunden Bankensystems* hingewiesen werden, das für die Funktion des Geld- und Kapitalmarktes sowie für die Sicherstellung eines reibungslosen Zahlungsverkehrs und damit für die Gesamtwirtschaft von ausschlaggebender Bedeutung ist. Ein leistungsfähiges Bankengewerbe (das auf der einen Seite fremde Gelder treuhänderisch verwaltet und auf der andern Seite Risiken bei der Ausleihung dieser Gelder eingehen muss) ist darauf angewiesen, über genügend Reserven zu verfügen, die zur Deckung allfälliger Verluste herangezogen werden können. Um zu diesen Mitteln zu gelangen muss eine ausreichende Marge im zentralen Zinsdifferenzgeschäft sichergestellt werden. Die Erhaltung einer günstigen Spanne zwischen Aktiv- und Passivzins liegt somit nicht nur im unmittelbaren Interesse der Banken selbst, sondern mittelbar im gesamtwirtschaftlichen Interesse. Diesen Interessen stehen auch die Interessen der Sparer und Kreditnehmer nicht grundsätzlich entgegen, denn auch sie sind primär an einem funktionierenden Bankengewerbe und erst sekundär an den für sie günstigen Zinssätzen interessiert. Kartellwirkungen, die auf eine Sicherung der Spanne hinauslaufen, sind deshalb nicht als grundsätzlich schädlich einzustufen. Sie wären erst dann negativ zu beurteilen, wenn sie den Ban-

149 Vgl. Schmidt D., Kreditwirtschaft und Kartellpolitik, in Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1974, S. 796.

ken auf Kosten der Wirtschaft und der privaten Einleger übertriebene Gewinne garantieren würden. Eine solche Wirkung ist aber – angesichts des bestehenden Wettbewerbes – grundsätzlich nicht zu befürchten.

8.3.2.5. Kosten

Tiefe Kosten führen im Prinzip zu einer Steigerung der Leistungsfähigkeit und ermöglichen eine Tiefhaltung des Preisniveaus. Sie sind deshalb, soweit die konjunkturpolitischen Zielsetzungen (wie etwa bei den Kosten der Refinanzierung) dem nicht entgegenstehen, volkswirtschaftlich positiv zu beurteilen[150].

Im Bankengewerbe wirken sich kostensenkend aus: Preisvereinbarungen, die sich auf den Geschäftsverkehr der Banken unter sich beziehen; Rationalisierungsbestrebungen, die die Wirtschaftlichkeit der Einzelinstitute und die Funktionstüchtigkeit des Bankenapparates erhöhen; Absprachen, die den Einsatz des absatzpolitischen Instrumentariums beschränken. Daneben werden die Kosten auch durch die Passivzinskartelle niedrig gehalten, da diese Zinse ein Element der Kostenrechnung sind. Es wäre sicherlich falsch, aus den an sich positiven Wirkungen zu folgern, die Kostenbelastung der Banken sei niedriger als in einer kartellfreien Ordnung[151]. Denn günstigere Kostenwirkungen wären aller Voraussicht nach auch ohne Kartellvereinbarungen zu erwarten. Eine noch oligopolistischere Angebotsstruktur und der damit verbundene Übergang zu (noch) grösseren Betriebseinheiten würde einerseits erlauben, durch Rationalisierungsmassnahmen weitere Kosteneinsparungen zu erzielen. Ferner ist anzunehmen, dass die oligopolistische Reaktionsverbundenheit zu einem weitgehend gleichgerichteten Verhalten und damit zu grosser Zurückhaltung beim Einsatz kostenintensiver Marketingmittel, insbesondere bei allfälligen Änderungen der Passivzinssätze, führen würde. Von daher wäre also gar mit einer noch günstigeren Kostenstruktur zu rechnen. Hingegen gibt es eine Reihe von Kosteneinsparungsmöglichkeiten, die ohne alle (oder zumindest die wichtisten) Banken umfassende Vereinbarungen gar nicht genutzt werden könnten (z.B. Erstellung gemeinsamer Leistungen). Ob diese Einsparungen – die bei einem Verzicht auf Vereinbarungen wegfielen – durch die Rationalisierungsmassnahmen innerhalb der grösseren Betriebseinheiten (economies of scale) überkompensiert werden könnten, ist zumindest fraglich; vor allem deshalb, weil von einer bestimmten (allerdings schwer zu bestimmenden) Betriebsgrösse an nicht mehr unbedingt mit abnehmenden Grenzkosten gerechnet werden kann. Berücksichtigt man ferner, dass ohne spezielle Kartellabsprachen auch die zwischen den Banken zur Anwendung gelangenden Preise höher ausfallen und die Kostenrechnung damit stärker belasten würden als dies bei der bestehenden Ordnung der Fall ist, so kann geschlossen werden, dass die bestehende Kartellordnung in bezug auf die Kosten zumindest nicht schlechter abschneidet als eine freie Wettbewerbsordnung.

150 Vgl. auch Sieber H., Kriterien volkswirtschaftlicher und sozialer Schädlichkeit, S. 60 f.
151 Vgl. VKK 1968, S. 322.

8.3.2.6. Leistungsqualität

Das KG enthält zwar hinsichtlich der Produktqualität keine ausdrücklich formulierte Ziele. Doch kann aus Art. 5 Abs. 2 lit. e geschlossen werden, dass es sich der Qualitätsförderung verpflichtet fühlt[152]. So hätte denn eine Kartellwirkung als schädlich zu gelten, wenn sie im Vergleich zum kartellosen Zustand (ceteris paribus) eine Qualitätssenkung mit sich bringen würde. Derartige Auswirkungen sind im Bankengewerbe nicht festzustellen. Im Gegenteil, eine Vielzahl von Kartellen bezweckt geradezu eine Erhöhung der Leistungsfähigkeit und eine Verbesserung der Qualität der angebotenen Leistungen. So wird beispielsweise die Abwicklung von Zahlungsaufträgen durch das Bankenclearing wesentlich beschleunigt; Emissionssyndikate erlauben die feste Übernahme und Plazierung von Anleihen, die die Leistungsmöglichkeit einzelner Anbieter bei weitem übersteigen würden; neue gemeinsame Dienstleistungen ermöglichen, auftauchende Bedürfnisse umfassend und problemgerechter zu befriedigen (z.B. Bancomat, Euro Cheque). Diese Beispiele zeigen, dass die Kartellierung im Bankengewerbe vielfach erst erlaubt, eine bedürfnisgerechte Angebotspolitik zu betreiben. Ohne Absprachen müsste der Kunde auf eine Reihe von Dienstleistungen verzichten oder mit Angeboten vorlieb nehmen, die seinen Wünschen nicht in gleichem Masse gerecht würden, wie dies heute der Fall ist. Es lässt sich deshalb allgemein sagen, dass die Kartelle einen gesamtwirtschaftlich positiven Beitrag an die Leistungsqualität der Kreditinstitute liefern. Bemerkenswert ist dabei vor allem, dass die durch gemeinsames Vorgehen ermöglichte Leistungssteigerung nicht höhere Preise zur Folge hat.

8.3.2.7. Struktur

Wie bereits verschiedentlich angedeutet, könnte beim Verzicht auf Absprachen ein verstärkter Konzentrationsprozess einsetzen, der zu einer noch oligopolistischeren Marktstruktur führen würde. Als wichtiger Motor einer solchen Konzentrationsbewegung könnte sich die Möglichkeit der Grossbanken herausstellen, die Marge im Inlandgeschäft dank dem ergiebigen Auslandgeschäft zu minimieren. Aber auch ein Verzicht auf gemeinsame Leistungserstellungen (z.B. Emissionssyndikate) müsste dazu führen, dass die Leistungsfähigkeit der Anbieter (und damit wohl auch ihre Betriebsgrösse) den Marktbedürfnissen angepasst würden. Konzentrationsfördernd würde schliesslich auch die Tatsache wirken, dass allein Grossbetriebe in der Lage sind, kostenintensive Marketingmittel in konzentrierter Form einzusetzen und sich dadurch einen zusätzlichen Marktvorsprung zu sichern.

Aus all dem lässt sich der Schluss ziehen, dass den bestehenden Kartellvereinbarungen eine gewisse strukturerhaltende Wirkung nicht abgesprochen werden

152 Vgl. Sieber H., Kriterien volkswirtschaftlicher und sozialer Schädlichkeit, S. 59.

kann[153]. Es ist aber schwer, eine Aussage darüber zu machen, ob eine mögliche andere Struktur des Bankwesens im Licht des wirtschafts- und sozialpolitischen Zielsystems günstiger zu beurteilen wäre, als die bestehende, da ein entsprechendes ordnungspolitisches Leitbild fehlt. Eine zunehmende Konzentration ist sicher nicht per se als negativ zu beurteilen. Grösse an sich ist nach schweizerischem Kartellrecht keine Sünde. Negativ fällt hingegen ins Gewicht, dass eine zunehmende Konzentration zu Versorgungslücken führen könnte, wenn entlegene Gebiete aus Rentabilitätsgründen nicht mehr bedient würden. Ausserdem birgt eine Konzentration die Gefahr einer Entpersönlichung in sich. Der Bankkunde steht nicht mehr einer Bank gegenüber, mit der er sich (als Aktionär oder Genossenschafter) weitgehend identifizieren kann; er wird vielmehr mit einem anonymen, nicht mehr überschaubaren Bankensystem konfrontiert, das über eine übermässige (echte oder vermeintliche) Machtfülle verfügt. Dies könnte dem Ruf nach Verstaatlichung zusätzliche Nahrung verleihen, obwohl das privatwirtschaftliche Bankensystem an sich geeigneter ist, die finanziellen Bedürfnisse der Wirtschaft zu befriedigen. Eine allzu starke Konzentration im Bankengewerbe ist aber auch schon deshalb negativ zu beurteilen, weil damit – angesichts der besonderen Stellung der Banken im Wirtschaftssystem – ein bedeutender Einfluss auf die Gesamtwirtschaft einhergehen würde, der dem Aufgabenbereich der Kreditinstitute nicht entspricht.

Eine Eliminierung von Oligopolsatelliten kann sich überdies negativ auf den Wettbewerbsgrad auswirken; dieses Kriterium wurde aber bereits bei der Evaluation der Wettbewerbswirkungen erfasst und darf deshalb in diesem Zusammenhang nicht noch einmal als schädlich bewertet werden.

Zusammenfassend sei bemerkt, dass die bestehende Kartellordnung sich erstaunlich wenig von einer (bei Verzicht auf die Absprachen) zu erwartenden Wettbewerbsordnung unterscheidet. Abweichungen wirken sich in den meisten Fällen positiv aus. Negative Wirkungen bei einzelnen Schädlichkeitskriterien werden durch positive bei andern kompensiert. Die bestehende Marktordnung ist daher im ganzen gesehen geeigneter, die übergeordneten gesamtwirtschaftlichen Ziele zu erreichen.

153 Vgl. VKK 1968, S. 324; Hahn betrachtet das Kartell als begrüssenswerte Alternative zur Fusion und Konzentration. Vgl. Hahn O., Die Bankenkonzentration – Schicksal oder Scheinproblem? in: Schweizer Banken in der Welt von morgen, Bankwirtschaftliche Forschungen, Band 25, Bern und Stuttgart 1975, S. 11 ff.

9. Der Schutz der Lauterkeit im Wettbewerb

9.1. Die Generalklausel des UWG

9.1.1. Allgemeines

Zentrale Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist es, erlaubte und unerlaubte Wettbewerbshandlungen gegeneinander abzugrenzen. Diese Aufgabe lässt sich nur über eine elastische Generalklausel verwirklichen, denn allein durch einen allgemeinen Gesetzestatbestand, der dem Richter die Verpflichtung auferlegt, im Einzelfall (nach gegebenen Richtlinien) Normen aufzustellen, kann ein umfassender Rechtsschutz erreicht werden[154]. Eine abschliessende kasuistische Normierung (durch Einzeltatbestände) würde der Dynamik und Vielgestaltigkeit des Wettbewerbs niemals gerecht werden und müsste der Rechtswirklichkeit stets hinterherhinken. Schwerpunkt des schweizerischen Wettbewerbsrechts ist denn auch die Generalklausel des Art. 1 Abs. 1 UWG, die allgemein den Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen, als unlauter erklärt. Diese für das Wettbewerbsrecht zentrale Norm ist – ihrer Funktion entsprechend – allgemein gehalten und bedarf der Konkretisierung.

Das Gesetz beschränkt sich auf den *wirtschaftlichen Wettbewerb.* Damit wird zunächst gesagt, dass der sportliche, kulturelle und politische Wettbewerb ausscheidet und nur die Konkurrenz im Geschäftsleben (im weitesten Sinn) – die eine auf Gewinn gerichtete Tätigkeit voraussetzt – ins Recht gefasst wird[155]. Der Begriff "Wettbewerb" weist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre auf ein "Wettbewerbsverhältnis" hin[156]. Ein solches liegt dann vor, wenn mindestens zwei Unternehmungen für ihre gleichartigen Leistungen "wenigstens teilweise im gleichen geographischen Gebiet Kunden suchen oder die Gefahr besteht, dass jemand sich trotz der getrennten Werbegebiete statt von einem, vom andern Unternehmen bedienen lasse"[157]. Gleichartig sind Leistungen, die gleiche oder ähnliche Bedürfnisse befriedigen[158]. Das bedeutet, dass auch die Anbieter von Substitutionsgütern in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Ja selbst Angehörige

154 Vgl. Baumbach A./Hefermehl W., Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 11. neubearbeitete und vermehrte Auflage, Bd. 1–2, München 1974, S. 48 f.; von Büren B., Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957, S. 6 f.

155 Troller A., Immaterialgüterrecht, Band II, Basel und Stuttgart 1971, S. 1033 f.; BGE 80 IV 33.

156 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1035; von Büren B., Kommentar, S. 19.

157 BGE 98 II 60 (Commerzbank); vgl. auch: BGE 92 II 308; 92 II 24; 90 II 323.

158 Schluep W.R., Über Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, in: Brügger P., (Hrsg.), Homo Creator, Festschrift für Alois Troller, Basel und Stuttgart 1976, S. 243; von Büren B., Kommentar, S. 19; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1035; Kummer M., Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bd. 338, Bern 1960, S. 26 ff.

völlig verschiedener Branchen können zu Konkurrenten werden, wenn der eine seine Hauptleistung mit Nebenleistungen ausstattet, die gleiche Bedürfnisse befriedigen, wie die Angebote eines andern Wettbewerbers. So ist beispielsweise eine wettbewerbsrechtlich relevante Beziehung anzunehmen zwischen den Verlagen von Wirtschaftszeitschriften und Wirtschaftsfachbüchern und den Banken, die solche Leistungen als Zusatz- oder Nebenleistungen erbringen; das Gleiche gilt für das Verhältnis zwischen einem Kino und einer Bank, die zu Werbezwecken kostenlose Filmvorführungen veranstaltet[159].

Das UWG ist objektiv-rechtlich konzipiert[160]; es verbietet den Missbrauch des Rechts auf freie wirtschaftliche Betätigung. Das UWG "will nicht die vom Wettbewerber errungene Stellung als Ausfluss seiner Persönlichkeit unter allen Umständen gegen Angriffe der Konkurrenten schützen, sondern erlaubt jedem, den andern mit der eigenen Leistung zu übertreffen und im Wettbewerb zu schlagen... Es verbietet nur, dass dies auf eine gegen Treu und Glauben verstossende Weise geschehe"[161]. Geschütztes Rechtsgut ist die *Lauterkeit des Wettbewerbs*[162]. Der Schutz dieses Rechtsobjekts strahlt allerdings auf die Wettbewerbsstellung des einzelnen Anbieters aus, wird diese doch gegen die mit bestimmten Mitteln geführten Angriffe – nämlich gegen unlauteres Geschäftsgebaren – geschützt.

Mit dem *Kriterium von Treu und Glauben* enthält die Generalklausel eine allgemein gehaltene, objektive Verhaltensrichtlinie, die für jedermann gilt, der in einem wirtschaftlichen Wettbewerbsverhältnis steht[163]. Das UWG greift damit auf allgemeine (für die ganze Rechtsordnung geltende) in Art. 2 ZGB enthaltene Grundsätze zurück[164]. Das Prinzip von Treu und Glauben enthält ein Vertrauenselement und fordert eine wechselseitige Rücksichtsnahme, die ganz allgemein eine unerlässliche Grundlage aller menschlichen Beziehungen ist. Dieses Verhältnis der Gegen-

159 Beispiel erwähnt bei: Baumbach A./Hefermehl W., Einl. N. 199, S. 211.

160 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1029 ff.; Troller K., Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in vergleichender Darstellung der Rechte Deutschlands, Englands, Frankreichs, der Schweiz und der USA, Freiburg 1962, S. 30 ff.; Baumbach A./Hefermehl W., Einl. N. 45, S. 127; Fikentscher W., Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München/Berlin 1958, S. 224. In der Dogmatik ist häufig ein subjektives Recht bejaht worden. In Deutschland nimmt vor allem Kohler an (Der unlautere Wettbewerb, Berlin 1912, S. 18), der Wettbewerber habe ein subjektives Persönlichkeitsrecht. In der Schweiz spricht Kummer (Anwendungsbereich und Schutzgut, S. 87 ff.) von einem subjektiven Recht des Wettbewerbers an seiner Chance oder an seiner Wettbewerbsstellung. Vgl. auch Jäggi P., ZbJV 1960, S. 388.

161 BGE 87 II 116; vgl. dazu auch: BGE 95 II 468.

162 Vgl. Schluep W.R., Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appelle an das Unbewusste, ZSR 1972, S. 388; Arquint C., a.a.O., S. 43; Baumbach A./Hefermehl W., Allg. N. 88, S. 55. Ein starker Zweig der Lehre (und auch das Bundesgericht) betrachten den Leistungswettbewerb als Schutzgut. Vgl. vor allem Germann O.A., Zum Leistungsprinzip im Wettbewerb, WuR 1968, S. 143 ff.; von Büren B., Kommentar, S. 11 f.

163 Von Büren B., Kommentar, S. 6; Troller K., a.a.O., S. 30; Huber H.E., Vergleichender Warentest und unlauterer Wettbewerb, Zürcher Diss. 1970, S. 65.

164 Germann O.A., Zum Verhältnis zwischen der Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes und seinen Spezialtatbeständen, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 210; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1046 f.

seitigkeit besteht grundsätzlich auch zwischen Konkurrenten. Und zwar insofern, als diese sich innerhalb einer wirtschaftlichen Gemeinschaft mit einheitlichen Regeln befinden[165]. Die mit den Grundsätzen von Treu und Glauben gegebene Verhaltensmaxime erlaubt zwar, die gesamte Fülle wettbewerblicher Sachverhalte zu erfassen; sie enthält jedoch noch keine praktikable, auf die einzelne Wettbewerbshandlung unmittelbar anwendbare Norm und muss deshalb durch die Rechtsprechung näher definiert werden. Erst die richterliche Normenbildung kann die Rechtssicherheit gewährleisten und die Voraussehbarkeit der Entscheidung im konkreten Fall ermöglichen. Für den Richter bedeutet dies, dass er den Einzelfall immer auch im Hinblick auf seine typische Bedeutung zu beurteilen hat, um so zu generellen Normen zu gelangen[166].

Das UWG will der missbräuchlichen Ausübung des durch die HGF garantierten Rechts auf freie wirtschaftliche Betätigung entgegentreten. Es sollen also alle Handlungen unterbunden werden, die die freie Konkurrenz stören[167]. Diesem rechtspolitischen Zweck hat der Richter bei der Konkretisierung der Verhaltensmaximen von Treu und Glauben Rechnung zu tragen; d.h. er hat aus den im Gesetz verankerten Grundsätzen die für den wirtschaftlichen Wettbewerb passenden, typischen Verhaltensformen abzuleiten[168]. Treu und Glauben müssen mit andern Worten auf den Sinngehalt des Wettbewerbs abgestimmt und funktionsbezogen ausgelegt werden. Das geschieht in der Regel durch Rekurs auf das sogenannte *Leistungsprinzip*[169]. Schon im BGE 72 II 394 hat sich das Bundesgericht für die Anwendung dieses Prinzips als Abgrenzungskriterium ausgesprochen und festgehalten, unlauter sei insbesondere die Verwendung von Mitteln, die bestimmt oder geeignet seien, ohne entsprechende eigene Leistung andere im Wettbewerb zu behindern oder ganz von diesem auszuschliessen oder dem eigenen Angebot einen ungerechtfertigten Vorsprung zu sichern[170]. Anders ausgedrückt: eine Wettbewerbshandlung verstösst dann nicht gegen Treu und Glauben, wenn ihr eine echte Leistung des Anbieters zugrunde liegt. Die Tauglichkeit des Leistungsprinzips als Abgrenzungskriterium wird allerdings in letzter Zeit von verschiedenen Autoren in Frage gestellt. TROX-

165 Germann O.A., in: Festschrift Hug, S. 210; Troller A., (Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1048) spricht von einem Rechtsverhältnis besonderer Art; a.M. Pedretti R., Wettbewerb und Zugabewesen, Zürcher Diss. 1969, S. 62 ff.

166 Vgl. dazu die besonderen, gesetzlich nicht geregelten Fälle unlauteren Verhaltens bei Germann O.A., Festschrift Hug, S. 212 ff.; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1054 ff.; von Büren B., Kommentar, S. 37 ff.

167 Vgl. Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1052.

168 Pedretti R., (a.a.O., S. 64 f.) weist darauf hin, dass der negative Inhalt des Grundsatzes von Treu und Glauben (Pflicht zur Unterlassung bestimmter Wettbewerbshandlungen) im Vordergrund steht.

169 Vgl. Schluep W.R., Kritik, S. 248 f. und die dort aufgeführte Literatur zum Leistungsprinzip (Anm. 131).

170 Vgl. auch BGE 87 II 116; 95 II 468; vgl. zum Leistungsprinzip: Germann O.A., Zum Leistungsprinzip, S. 143 ff.; von Büren B., Kommentar, S. 11 f.; Pedretti R., a.a.O., S. 30 ff.; Klein Ch., Die Ausnützung des Spieltriebes durch Veranstaltungen der Wirtschaftswerbung und ihre Zulässigkeit nach schweizerischem Recht, Zürcher Diss. 1970; Knoepfel P., Der Beitrag des BG über den unlauteren Wettbewerb zum Konsumentenschutz, RIC, S. 54.

LER und STEYERT kommen zum Schluss, dass ein Rekurs auf das Leistungsprinzip nur eine unvollständige Beurteilung der Wettbewerbshandlungen zulasse[171]. SCHLUEP weist auf den tautologischen Charakter hin und führt aus, dass eigentlich jede vom Markt akzeptierte Leistung als echte Leistung zu gelten habe, der Markt jedoch auch potentiell unlauter erbrachte "Leistungen" honoriere[172]. Wollte man am Leistungsprinzip als Abgrenzungskriterium von erlaubtem und verbotenem Marktverhalten festhalten, so müssten letztlich alle Mittel, mit denen ein Marktvorsprung erkämpft wird, zugelassen werden. Denn jedes Angebot, das über einen (vielleicht auch nur subjektiv empfundenen) Produktnutzen verfügt und deshalb von den Marktbürgern nachgefragt wird, hätte als echte Leistung zu gelten. Tatsächlich schliessen aber auch unlautere Verhaltensweisen eine Bedürfnisbefriedigung nicht aus. Der Markt kann also keine moralische Schiedsrichterfunktion ausüben; er ist nicht in der Lage, unlauter erbrachte Leistungen von lauteren zu trennen. Hinzu kommt, dass nicht jeder Wettbewerbserfolg zulasten eines Konkurrenten nur schon deshalb unerlaubt sein kann, weil er nicht auf einer eigenen Leistung beruht. Umgekehrt gibt es (echte) Leistungen, die sich eines besonderen Schutzes nicht erfreuen (nicht patentfähige Erfindung). Deshalb ist von einem Rekurs auf das Leistungsprinzip Abstand zu nehmen. An seine Stelle hat "eine mysteriöse Vermessungslehre" zu treten, "deren Regeln in kaum durchschaubarer Komplexität teils ethischen, teils systemtheoretischen Ursprungs sind"[173]. Nach diesem Abgrenzungsversuch hat eine Wettbewerbshandlung dann als unlauter zu gelten, wenn sich die Marktbürger nicht nach den *anständigen Gebräuchen* des Handels und des Gewerbes richten oder wenn die Regeln eines *funktionstüchtigen Wettbewerbs* missachtet werden. Im ersten Fall liegt eine konkurrenzbezogene Unlauterkeit vor, die mit dem Massstab des anständigen Verhaltens im Geschäftsverkehr zu messen ist. Die zu beurteilenden Wettbewerbshandlungen sind also einmal daraufhin zu prüfen, ob sie den "anständigen Bräuchen auf dem Gebiet des Handels und des Gewerbes" standhalten oder als unanständige, unsittliche Handlungen gegen Treu und Glauben verstossen. Damit wird auf die gegenwärtig herrschende Geschäftsmoral abgestellt; also auf "die auf sittlichen Grundvorstellungen beruhenden Gebote, die im sozialen Verkehr an das äussere Verhalten einer Person innerhalb der Gemeinschaft zu stellen sind"[174]. Darin erschöpft sich indessen die Funktion der Generalklausel nicht, denn das Wettbewerbsrecht setzt einen wirtschaftspolitischen (und zugleich gesellschaftspolitischen) Entscheid für eine marktwirtschaftliche Ordnung voraus und dient seinerseits dazu, diese Ordnung funktionstüchtig zu erhalten[175]. Ist das UWG

171 Troxler H., Kritische Würdigung der Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung in der Schweiz und im Ausland, Zürich 1970, S. 157; Steyert R., Das Verhältnis von Generalklausel und Spezialtatbeständen im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Basler Diss. 1971, S. 95; ähnlich: Huber Hugo, a.a.O., S. 70 f.

172 Schluep W.R., Kritik, S. 249.

173 Schluep W.R., Kritik, S. 249 f.

174 Baumbach A./Hefermehl W., Einl. N. 57; vgl. auch Loewenheim U., Suggestivwerbung, unlauterer Wettbewerb, Wettbewerbsfreiheit und Verbraucherschutz, GRUR 1975, S. 103. Grundlegend: Schricker G., Gesetzesverletzung und Sittenverstoss, München 1970.

175 Raiser L., Marktbezogene Unlauterkeit, GRUR Int. 1973, S. 445.

aber Teil der Wirtschaftsverfassung, so verstossen nicht nur Verhaltensweisen, die unter rechtsethischen Gesichtspunkten abzulehnen sind, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, sondern auch funktionswidrige Handlungen, die Marktstörungen heraufbeschwören oder den Wettbewerb in Teilbereichen gar ausser Kraft setzen könnten. Das UWG wahrt die Lauterkeit demnach nicht nur im Interesse der Entfaltungsfreiheit der Konkurrenten, sondern auch zur Erhaltung der Sozialfunktion des Wettbewerbs[176]. Gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen infolgedessen auch Verhaltensweisen, die dem System der Marktwirtschaft widersprechen und seine Funktion beeinträchtigen. Dürfen wirtschaftspolitische Gesichtspunkte bei der Konkretisierung der Generalklausel nicht ausser Acht gelassen werden, so ist damit auch schon gesagt, dass es, entgegen einer weit verbreiteten Meinung[177], keine wirtschaftspolitische Neutralität des Lauterkeitsschutzes gibt[178]. Die Generalklausel des UWG ist vielmehr, nach allgemeinen wirtschaftsrechtlichen Prinzipien, immer auch mit Blick auf die Ergebnisse auszulegen, die man von einem Koordinationssystem des Wettbewerbs erwartet[179]. Das heisst, dass in Zweifelsfällen zu prüfen ist, "welche Lösungsalternative eher in Richtung auf die Realisierung jener Ziele weist, in deren Dienst der Wettbewerb von Rechts wegen steht"[180] Die von der Wirtschaftsverfassung gebotene funktionelle Auslegung des UWG verlangt demnach, dass jeweils abgeklärt wird, ob die Funktionsregeln der Marktwirtschaft eine bestimmte Einschränkung der freien Leistungsgestaltung und -verwertung fordern. Der Rechtsprechung und der Lehre kommt die Aufgabe zu, neben geschäftsmoralischen Regeln, technische Organisations- und Funktionsregeln zu entwickeln, nach denen sich die Wettbewerber zu richten haben.

9.1.2. Das Verhältnis der Spezialtatbestände zur Generalklausel

In Art. 1 Abs. 2 und Art. 13 UWG findet sich eine Anzahl von Wettbewerbstatbeständen, die nach Auffassung des historischen Gesetzgebers typische Verstösse gegen die Grundsätze von Treu und Glauben darstellen. Diesen Spezialtatbeständen

176 Schluep W.R., Vom lauteren zum freien Wettbewerb, GRUR Int. 1973, S. 448; vgl. auch Loewenheim U., Suggestivwerbung, S. 103 f.; Girth P./Sack R., Die Werbung mit der Inflation, WRP 1974, S. 184.

177 Vgl. statt vieler: Baumbach A./Hefermehl W., Allg. N. 79, S. 47 f.; Kraft A., Die Berücksichtigung wirtschaftspolitischer und gesellschaftspolitischer Belange im Rahmen des § 1 UWG, in Festschrift für Bartholomeyczik, Berlin 1973, S. 234.

178 Schluep W.R., Vom lauteren zum freien Wettbewerb, S. 452; Raiser L., Marktbezogene Unlauterkeit, S. 445 f.
Immerhin ist zu beachten, dass es eine Gruppe von wirtschaftspolitisch indifferenten Normen gibt, auf die sich grundsätzlich jede Wirtschaftsverfassung stützen muss. Baumbach/Hefermehl (Allg. Grundlagen N. 79, S. 47) nennen irreführende Werbung, Angestelltenbestechung, Geheimnisverrat und Kennzeichenmissbrauch als Beispiele solcher Tatbestände.

179 Schluep W.R., Wirtschaftsrechtliche Aspekte, S. 388.

180 Schluep W.R., Wirtschaftsrechtliche Aspekte, S. 388; derselbe, Vom lauteren zum freien Wettbewerb, S. 452.

kommt die Funktion zu, die allgemeine Umschreibung des unlauteren Wettbewerbs zu verdeutlichen und einen praktischen Massstab zur Abgrenzung der Wettbewerbswidrigkeit zu vermitteln[181]. Die Einzeltatbestände dienen also methodisch dazu, dem Richter bei der Lückenfüllung (im Sinne einer Fernwirkung des Gesetzes) die Werte aufzuzeigen, die es zu schützen gilt. Im Zusammenhang mit den Marketingaktivitäten der Banken dürften die folgenden gesetzlich geregelten Tatbestände besondere Bedeutung erlangen: die Herabsetzung der Konkurrenten und deren Marktleistung durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen; unrichtige oder irreführende Angaben über sich und die eigenen Leistungen (z.B. Alleinstellungswerbung); die Heraufbeschwörung von Verwechslungen und Verwechslungsgefahr (z.B. Verwendung von Dienstleistungsmarken, Ausstattungen). Bei den speziell geregelten Tatbeständen handelt es sich lediglich um Anwendungsfälle der Generalklausel, denen bloss beispielhafter Charakter zukommt. Sie erschöpfen den unlauteren Wettbewerb keineswegs, sind doch offensichtlich auch ausserhalb der Spezialtatbestände Fälle von unlauterem Wettbewerb denkbar, die die Voraussetzungen der Generalklausel in bezug auf den Verstoss gegen Treu und Glauben erfüllen[182].

Überdies haben die im Gesetz geregelten Einzeltatbestände gegenüber der Generalklausel keine selbständige Bedeutung; sie finden nur Anwendung, wenn neben den einzeln aufgeführten Verstössen gegen die Grundsätze von Treu und Glauben auch die allgemeinen Voraussetzungen der Generalklausel (Vorliegen eines wirtschaftlichen Wettbewerbsverhältnisses) gegeben sind[183] [184]. Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers und der Meinung der Literatur gilt die Generalklausel als massgebliche Quelle der Rechtsanwendung. In der Praxis sind aber Entscheide, die sich ausschliesslich auf die allgemeine Norm des Abs. 1 stützen, äusserst selten. Im Vordergrund steht vielmehr die Überprüfung der Wettbewerbshandlungen auf ihre Übereinstimmung mit den Spezialtatbeständen. Dies ist einmal darauf zurückzuführen, dass die einzeln aufgeführten Verstösse die praktisch bedeutungsvollsten Fälle abdecken. Der Grund für die auffallende Zurückhaltung dürfte aber auch in einer gewissen Angst liegen, sich vom sicheren Boden der Spezialtatbestände in das "unbekannte Gebiet" der Generalklausel vorzuwagen.

181 von Büren B., Kommentar, S. 11; Pedretti, a.a.O., S. 55; Germann O.A., ZbJV 1936, S. 64; Steyert R.H., a.a.O., S. 42 ff.

182 Germann O.A., Festschrift Hug, S. 210; von Büren B., Kommentar, S. 36.

183 Germann O.A., Festschrift Hug, S. 208; Huber H.E., a.a.O., S. 75 f.

184 Zu beachten ist, dass das Kriterium von Treu und Glauben, auf dem die Generalklausel beruht, auch negativ funktionieren kann. Sie kann nämlich bewirken, dass in einzelnen Fällen, die nach dem Wortlaut des Gesetzes eigentlich unter einen Spezialtatbestand zu subsumieren wären, unlauterer Wettbewerb verneint werden muss. Das trifft zu, wenn ein Sachverhalt (der zuerst unter einen Einzeltatbestand fällt) sich als nicht treuwidrig im Sinne der Generalklausel erweist (z.B. Verwendung unvermeidlicher, aber verwechselbarer Geschäfts- oder Warenbezeichnungen). Vgl. dazu: Germann O.A., Festschrift Hug, S. 220 ff.; Steyert R.H., a.a.O., S. 69 ff.

9.2. Der persönliche Geltungsbereich des UWG

Der persönliche Geltungsbereich des UWG erstreckt sich auf ***alle natürlichen und juristischen Personen,*** die sich im ***wirtschaftlichen Wettbewerb betätigen***[185]. Damit wird auch die öffentliche Hand dem Wettbewerbsrecht unterworfen, soweit sie sich erwerbswirtschaftlich betätigt und damit als Konkurrent im Wirtschaftsleben auftritt[186]. Diese Gleichstellung ist durchaus gerechtfertigt, soll doch das Gemeinwesen nicht seine öffentlich-rechtliche Vorzugsstellung ins Feld führen können, wenn es mit privaten Unternehmen den Konkurrenzkampf aufnimmt; öffentliche Hand und Private sollen sich vielmehr im Wettbewerb als Gleichgestellte gegenüberstehen. Entscheidend für die Unterstellung des Gemeinwesens ist einzig das Auftreten im Gewand des wirtschaftlichen Wettbewerbers. Unwesentlich für die Geltung des UWG ist, ob der eigentliche Leistungsaustausch in privat- oder öffentlich-rechtlicher Form vorgenommen wird[187].

Damit unterstehen auch die öffentlich-rechtlichen Banken dem UWG, denn sie treten mit dem gleichen Leistungsangebot auf den Markt wie die privaten Institute und bemühen sich um die gleichen Kundenkreise wie diese. Dasselbe gilt für die gemischtwirtschaftlichen Kreditinstitute. Auch sie stehen im Konkurrenzkampf mit privaten Banken und unterstehen deshalb der Wettbewerbsordnung des UWG. Anders die Nationalbank. Sie tritt als zentrales Noteninstitut grundsätzlich nicht in ein Wettbewerbsverhältnis mit den Geschäftsbanken. Ihr Leistungsangebot orientiert sich vielmehr allein an gesamtwirtschaftlichen Zielen. Immerhin bietet auch die Nationalbank daneben gewisse Leistungen an, die sie nicht als Bank der Banken oder im Interesse der Kredit- und Währungspolitik erbringt[188]. Was diese Leistungen betrifft, untersteht auch sie dem Wettbewerbsgesetz, wird doch hier ein Leistungsaustausch in der Eigenschaft eines privaten Wettbewerbers vollzogen.

185 Dem UWG unterstehen grundsätzlich alle innerhalb der schweizerischen Landesgrenzen begangenen Wettbewerbsverstösse. Begehungsort kann – nach Ansicht von Bürens (Kommentar, S. 22) – sowohl der Ort des Handelns als auch der Ort, an dem der Erfolg eintritt sein. Das UWG gelangt also auch dann zur Anwendung, wenn lediglich einer dieser Anknüpfungspunkte in der Schweiz lokalisiert werden kann. Damit unterstehen also auch im Ausland tätige in- und ausländische Unternehmungen dem UWG soweit sich ihr Wettbewerbsverhalten auf dem Schweizer Markt auswirkt (z.B. grenzüberschreitende Werbung). Diesem am Deliktsrecht orientierten Anknüpfungspunkt stellt Kamen Troller den Ort der wettbewerbsmässigen Interessenkollision gegenüber, also denjenigen Ort, an dem zwei oder mehrere Wettbewerber aufeinanderprallen (vgl. K. Troller, a.a.O., S. 50, 101 ff.).

186 Kummer M., Anwendungsbereich und Schutzrecht, S. 65 ff.; Schricker H., Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, Diss. Erlangen-Nürnberg 1963, S. 154 f.; Emmerich V., Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, Tübingen 1969, S. 18; Luchterhand H., Das Recht der Bankenwerbung, a.a.O., S. 197; Baumbach/Hefermehl, Allg. Grundlagen N. 54 ff., S. 93 ff.

187 Kummer M., Anwendungsbereich und Schutzgut, S. 65; Schricker H., a.a.O., S. 154 f.

188 Z.B. Aufbewahren und Verwalten von Wertschriften und Wertgegenständen; An- und Verkauf von Wertschriften, Gold und Silber.

9.3. Verstösse gegen allgemein-verbindliche Vorschriften

Mit dem Hinweis auf die Grundsätze von Treu und Glauben macht das Wettbewerbsrecht deutlich, dass es die Konkurrenten im Rahmen der gesamten Rechtsordnung zu einer Gemeinschaft verbindet, in der sich jeder so zu verhalten hat, dass das gemeinschaftliche Wirken bestmöglichst gefördert wird. Grundlage eines geordneten Zusammenlebens ist die Beachtung von Gesetzen und andern allgemein verbindlichen Normen[189]. Die Konkurrenten müssen sich deshalb darauf verlassen können, dass ihre Mitbewerber die für alle geltenden Vorschriften beachten und nicht versuchen, durch Verstösse gegen solche Bestimmungen Wettbewerbsvorteile zu erreichen. "Das Herausholen eines unmittelbaren wettbewerblichen Vorteils durch die Verletzung oder Missachtung von Gesetzen widerspricht daher Treu und Glauben"[190]. Ausdruck dieser Wertung ist der Spezialtatbestand des Art. 1 Abs. 2 lit. h UWG (Verletzung von Arbeitsbedingungen). Sie kann aber auch – in allgemeiner Form – direkt aus der Generalklausel abgeleitet werden. Eine Gesetzesverletzung gilt nur dann als Verstoss gegen das UWG, wenn sie geeignet ist, die Wettbewerbslage direkt zu beeinflussen. Als unlauterer Wettbewerb gelten daher nur Verstösse gegen Normen, die einerseits für alle Wettbewerber gelten und andererseits die Herstellung, Beschaffung und den Absatz von Leistungen unmittelbar begünstigen und nicht bloss die wirtschaftliche Lage der Unternehmung allgemein verbessern[191 192]. In der Regel werden dies Vorschriften sein, die das Marketinginstrumentarium unmittelbar betreffen[193]. In Ausnahmefällen können aber auch allgemeine polizeiliche oder administrative Bestimmungen wettbewerblich relevant werden. Es ist deshalb im Einzelfall zu prüfen, ob der durch eine Normverletzung erlangte Vorteil so zu Wettbewerbszwecken eingesetzt wird, dass der Gesamtsachverhalt als unlauter erscheint[194]. Neben Verstössen gegen Vorschriften des öffentlichen Rechts kann auch die Verletzung der den Privatpersonen zustehenden absoluten (also gegen alle wirkenden) Rechte unlauter sein; die Wettbewerber sollen davon ausgehen können,

189 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1071.

190 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1071; vgl. auch Germann O.A., Festschrift Hug, S. 214; von Büren B., Kommentar, S. 64; Klein Ch., a.a.O., S. 137 f.

191 Unlauter deshalb: der unbewilligte Ausverkauf (BGE 83 II 466); die unbefugte Ausführung konzessionspflichtiger Arbeiten (BGE 86 II 119); die Verletzung von Devisenvorschriften (BGE 71 II 233). Nicht dagegen ein Verstoss gegen Steuergesetze (BGE 86 II 117). Vgl. auch von Büren B., Kommentar, S. 64.

192 Zu schematisch ist die von Baumbach/Hefermehl vorgenommene Unterteilung in Verstösse gegen sittlich-rechtlich fundierte Normen – deren Verletzung gewöhnlich die Unlauterkeit nach sich zieht – und in sog. wertneutrale Normen, bei denen nur bei Vorliegen besonderer Umstände ein Verstoss gegen Treu und Glauben angenommen wird (N. 532 ff., S. 650 ff.).

193 Ein unmittelbarer wettbewerblicher Vorteil wird auch durch die Verletzung von Patent-, Marken-, Muster- oder Urheberrechten erzielt, so dass einer kumulativen Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Regeln (soweit ein Wettbewerbsverhältnis vorliegt) nichts im Wege steht. Vgl. Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1071 f.; zum Verhältnis der Spezialgesetze zum UWG: von Büren B., Kommentar, S. 28 ff.

194 Vgl. von Büren B., Kommentar, S. 9, 64; Klein Ch., a.a.O., S. 139.

dass die Konkurrenten diese Rechte (z.B. Persönlichkeitsrechte) nicht antasten[195]. Voraussetzung einer Wettbewerbswidrigkeit ist aber auch hier, dass die Verletzung im Zusammenhang mit einer Wettbewerbshandlung steht. Andere Eingriffe in absolut geschützte Rechtspositionen sind wettbewerbsrechtlich irrelevant.

9.4. Verletzung von Verträgen

Neben Gesetzesverstössen haben auch Verletzungen von Verträgen als unlauterer Wettbewerb zu gelten, sofern sich die Vereinbarungen auf das Wettbewerbsverhältnis beziehen und wenn darüber hinaus der Vertragsverstoss auf eine Beeinflussung des Wettbewerbs hinausläuft[196]. Der Wettbewerber, der mit seinen Konkurrenten eine wettbewerbsrelevante Vereinbarung trifft, soll sich darauf verlassen können, dass diese auch respektiert wird. Versucht jemand, sich durch Bruch vertraglicher Abmachungen einen Wettbewerbsvorsprung zu sichern, so handelt er treuwidrig. Nicht gegen Treu und Glauben verstösst jedoch, wer (auch aus eigenem Verschulden) nicht in der Lage ist, den Vertrag zu erfüllen. Dies wird indessen – wie TROLLER erwähnt – nur in seltenen Fällen zutreffen, da bei wettbewerbswesentlichen Verträgen zumeist das Nichttun (Verzicht auf den Einsatz bestimmter Marketingmittel) im Vordergrund steht[197]. Verstösst eine Bank gegen wettbewerblich relevante vertragliche Verpflichtungen, so begeht sie also nicht nur eine Vertragsverletzung, sondern gleichzeitig unlauteren Wettbewerb. Diesem Grundsatz ist im Bankengewerbe – angesichts der zahlreichen kartellistischen Abmachungen im Rahmen der Bankiervereinigung und der lokalen und regionalen Verbände – besondere Beachtung zu schenken. Denn das UWG erfasst damit nicht mehr nur Wettbewerbshandlungen, die an sich unlauter sind, sondern weitere Marketinganstrengungen, die (obwohl grundsätzlich zulässig) durch vertragliche Abmachungen ausgeschlossen werden. Von Bedeutung sind in diesem Zusammenhang einmal mehr die Konkurrenzierungs-Richtlinien der Bankiervereinigung, die das Bankmarketing (über die Bestimmungen des UWG hinaus) zahlreichen Beschränkungen unterwerfen. Es handelt sich bei diesen "Richtlinien" keineswegs um blosse Empfehlungen, wie etwa aus dem Titel geschlossen werden könnte. Vielmehr verpflichten sich die Kreditinstitute (durch schriftliche Bestätigung) bestimmte Wettbewerbshandlungen zu unterlassen. Der bindende Charakter dieser Vereinbarung ergibt sich unmissverständlich aus den vorgesehenen Sanktionen, denen sich die Banken durch ihre Unterschrift unterwerfen. Eine Missachtung der genannten Richtlinien ist zudem *immer* eine Wettbewerbshandlung, die zum Erreichen eines Marktvorsprungs dient. Verletzt deshalb ein Unterzeichner-Institut die genannten wettbewerbsord-

195 Vgl. auch Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1072.
196 Vgl. Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1072 f.; von Büren B., Kommentar, S. 63; offengelassen bei Germann O.A., Festschrift Hug, S. 214.
197 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1073.

nenden Bestimmungen, so liegt gleichzeitig ein Verstoss gegen das UWG vor[198]. Da die in den Richtlinien enthaltenen Pflichten ausschliesslich in einem Unterlassen bestehen, kann sich das verpflichtete Institut auch nicht auf Unmöglichkeit berufen oder sonstige Einreden geltend machen, die eine Verletzung nicht als Verstoss gegen Treu und Glauben erscheinen liessen.

Kartelle beziehen sich per definitionem auf das Wettbewerbsverhältnis; ein Ausscheren aus der gemeinsamen Wettbewerbsbeschränkung beeinflusst zudem stets die Konkurrenzlage. Deshalb muss ein Nichtbefolgen bindender Kartellverpflichtungen (Vertrag, Beschluss) jeweils auch als Verstoss gegen Treu und Glauben gewertet werden. Ein Kartell muss aber nicht unbedingt auf einer vertraglichen Abmachung beruhen; es kann vielmehr auch durch eine rechtlich nicht erzwingbare Abrede (Frühstückskartell) entstehen. Verstösst ein Kartellist gegen eine derartige Absprache, so kann nicht (über den Umweg einer Vertragsverletzung) auf die Wettbewerbswidrigkeit geschlossen werden. Allerdings können auch ohne vertragliche Bindungen zwischen Wettbewerbern Beziehungen bestehen, die durch ein grösseres Mass an gegenseitigem Vertrauen gekennzeichnet sind als dies zwischen Konkurrenten sonst üblich ist. Wird ein solches Vertrauensverhältnis missbraucht und die aus ihm erlangte Kenntnis zur Erzielung eines Wettbewerbsvorteils eingesetzt, so liegt ebenfalls ein Verstoss gegen Treu und Glauben vor[199]. Hier können die rechtlich unverbindlichen Absprachen (wenigstens teilweise) eingeordnet werden. Nämlich dann, wenn die von KUMMER[200] (stets) verlangte effektive Erörterung und nicht nur konkludentes Verhalten (das nach MERZ[201] genügt) vorliegt. Denn in solchen Abreden werden gemeinsame Pläne besprochen und koordinierte Verhaltensregeln aufgestellt. Dadurch entsteht aber eine wesentlich engere Bindung als dies normalerweise zwischen Mitbewerbern der Fall ist. Und zwar auch dann, wenn (aus welchen Gründen auch immer) kein rechtlich bindender Vertrag resultiert. Deshalb ist die Störung eines solchen Vertrauensverhältnisses grundsätzlich wettbewerbswidrig. Nimmt man nicht schon im Verstoss gegen solche rechtlich nicht erzwingbare Abreden selbst einen Vertrauensbruch an, so liegt dieser zumindest in der mit einem solchen Vorgehen verbundenen Ausnutzung vertraulich mitgeteilter Kenntnisse. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Verletzer ausdrücklich in die Absatzpläne des Partners eingeweiht wurde. Es genügt vielmehr, dass er annehmen konnte, der Kontrahent würde sich abmachungsgemäss verhalten.

Nicht unlauter ist selbstverständlich die Verletzung kartellistischer Vereinbarungen durch den Aussenseiter. Die Mitbewerber, die eine Wettbewerbsordnung aufgestellt haben, können sich nicht darauf verlassen, dass sich auch diejenigen Konkurrenten, welche sich dem Übereinkommen nicht angeschlossen haben, "ordnungskonform" verhalten[202].

198 Das Gleiche gilt für die übrigen verbindlichen Vorschriften der Bankiervereinigung soweit sie wettbewerbsrelevant sind, also beispielsweise auch für das Zirkular betreffend die Werbetätigkeit im Fernsehen (Nr. 172 D).

199 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1075 f.

200 Kummer M., Der Begriff des Kartells, S. 26 f.

201 Merz H., Kartellgesetz, S. 33; vgl. auch vorne S. 201.

202 Vgl. von Büren B., Kommentar, S. 65.

9.5. *Beurteilung einzelner Wettbewerbshandlungen der Kreditinstitute*

9.5.1. Die Übernahme fremder Leistungen

Die Banken sind wie alle marktgerichteten Unternehmungen bestrebt, ihr Sortiment bestmöglichst auf die Bedürfnisse ihrer Absatzpartner auszurichten. Das bedingt, dass laufend bestehende Marktleistungen abgewandelt und neue entwickelt werden müssen. Gelingt es einem Institut als erstem, eine neue bedürfnis- und damit marktgerechte Dienstleistung zu schaffen, so liegt es in seinem Interesse, den erreichten Marktvorsprung möglichst lange halten zu können. Da Bankleistungen aber – wie bereits erläutert – weder patent- noch urheberrechtlich schützbar sind, ist die Möglichkeit einer rechtlichen Absicherung beschränkt. Immerhin ist abzuklären, wie weit die Nachahmung oder Nachmachung einer fremden Leistung als unlauterer Wettbewerb zu gelten hat. Nun kann aber auch das UWG den erhofften Schutz nicht bringen, denn die Nachahmung fremder, nicht geschützter Marktleistungen wird nicht als Verstoss gegen Treu und Glauben gewertet. Soweit kein Sonderschutz besteht, ist daher die Nachahmung fremder Arbeitsleistungen grundsätzlich frei. Das heisst: alle nicht spezialrechtlich geschützten Ergebnisse fremder Arbeit dürfen im Wettbewerb prinzipiell von jedem Konkurrenten mitbenutzt werden[203]. "Das Arbeitsergebnis als solches, mag es auch mit Mühe und Kosten errungen sein, ist noch kein wettbewerbsrechtlich schützbares Gut"[204].

Lehre und Rechtsprechung gehen also davon aus, dass es nicht angehe, über das UWG neue Monopolansprüche zu konstruieren, die von den Spezialgesetzen ausgeschlossen worden sind[205]. Das bedeutet aber trotzdem nicht, dass die Kopie fremder Leistungen nicht doch mit dem Wettbewerbsgesetz in Konflikt kommen kann; wettbewerbsrechtlich relevant ist aber nicht die eigentliche Nachahmung, sondern die Gesamtumstände, unter denen sich eine Bank Zugang zu der fremden Arbeitsleistung verschafft (z.B. Verletzung von Geschäftsgeheimnissen, Verleitung zum Verrat, Vertragsbruch) und die Art und Weise, wie sie diese selber auf den Markt

203 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1055; von Büren B., Kommentar, S. 29; BGE 95 II 468; Perret (ZSR 1977, II, S. 234) spricht von einer Komplementarität des UWG und der gewerblichen Schutzrechte.

204 BGE 87 II 63; vgl. aber BGE 90 II 58: Nachahmung angeforderter Stoffmuster anstelle einer Bestellung; BGE 102 II 296 f.: Rufausbeutung ohne Notwendigkeit.

205 Gastinger S., Inwieweit ist die Benutzung einer fremden Leistung ein Akt unlauteren Wettbewerbs? Eine rechtsvergleichende Untersuchung für die beiden Länder Schweiz und Deutschland, Basler Diss. 1964, S. 90 f.; Vischer F., Die Purifikation des Urheberrechts und der Schutz des Arbeitsergebnisses, in Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 264; BGE 57 II 458; Handelsgericht Zürich vom 19. September 1969, SJZ 1970, S. 326 . A.M. offenbar Troller A. (Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1067), der im photomechanischen Nachdruck von Büchern und Landkarten etc. einen Verstoss gegen Treu und Glauben sieht. Troller lehnt sich damit offenbar an die deutsche Lehre an, die bei der Beurteilung einer Übernahme fremder Leistungen untersucht, ob eine "unmittelbare Ausnützung" oder ein Fall der "schaffenden Nachahmung" vorliegt. Vgl. dazu Vischer F., Festschrift Hug, S. 265 ff. mit kritischen Bemerkungen.

bringt[206]. Hier interessiert vor allem der letztere Problemkreis: die Vermarktung der nachgeahmten oder nachgemachten Leistungen. Sie ist wettbewerbswidrig, wenn mit dem Auftreten kopierter Leistungen eine *Verwechslungsgefahr* heraufbeschworen wird. Ein Einsatz täuschender Mittel zur Förderung des eigenen Absatzes ist stets als unlauter zu werten. Nach Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG verstösst gegen Treu und Glauben, wer Massnahmen trifft, die bestimmt oder geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen. Dieser Tatbestand "verlangt positiv, dass jeder Wettbewerber im Rahmen des technisch Möglichen und Zumutbaren bei der Ausstattung seiner Waren jede Verwechslungsgefahr vermeidet"[207].

Das UWG schützt die gesamte Ausstattung einer Leistung, also alle die Elemente, die geeignet sind, das Angebot von andern zu unterscheiden und auf einen bestimmten Hersteller hinzuweisen[208]. Die eigentliche Warenausstattung, d.h. die äussere Ausgestaltung, Aufmachung, Verzierung der Ware oder deren Verpackung ist nur eine, wenn auch die häufigste Erscheinungsform der Ausstattung. Darüber hinaus kann aber *jedes* auf die Herkunft hinweisende Kennzeichnungsmittel (Marken, Slogans, Farben) Ausstattungscharakter haben. Voraussetzung des wettbewerbsrechtlichen Schutzes ist, dass die nachgemachte oder nachgeahmte Ausstattung originell ist oder Verkehrsgeltung besitzt[209]. Die kopierten Leistungselemente müssen also entweder von Anfang an in der Lage sein, das Angebot zu individualisieren oder sie müssen diese Fähigkeit durch ihre Durchsetzung im Verkehr erlangt haben. Nur wenn eine dieser Voraussetzungen erfüllt ist, besitzt eine Marktleistung *Kennzeichnungskraft*[210].

206 Voraussetzung für einen Wettbewerbsverstoss ist (wenn gewerbliche Schutzrechte nicht verletzt werden), dass der Nachahmer sich die für die Nachahmung erforderlichen Informationen auf unlautere Weise beschafft hat (z.B. Vertrauensbruch); oder dass die Art und Weise der Nachahmung unlauter erscheint oder geeignet ist, Verwechslungen herbeizuführen (OG Aargau vom 6. Mai 1974, Schw. Mitt. 1975, S. 153); vgl. auch Schönherr F., Die sklavische Nachahmung in der Praxis der deutschen, der österreichischen und schweizerischen Gerichte, GRUR Int. 1975, S. 237.

207 Vischer F., Festschrift Hug, S. 264; Zihlmann P., Gedanken zum Schutz vor sklavischer Nachahmung, SJZ 1969, S. 355 f.; vgl. auch Gastinger S., a.a.O., S. 96; BGE 103 II 215 f. (Nachahmung einer Verpackung); vgl. auch BGE 88 IV 83 (wesensmässig bedingte Nachahmung); 93 II 281; 92 II 202; 87 II 58.

208 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 550; von Büren B., Kommentar, S. 110.

209 Gastinger S., a.a.O., S. 94; Vischer F., Festschrift Hug, S. 264; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 560 f.; Arquint C., a.a.O., S. 50 ff.; BGE 87 II 54; 88 IV 83; abweichend BGE 83 II 154 ff.

210 Wird auf beide Voraussetzungen verzichtet – wie das Bundesgericht es im BGE 83 II 154 ff. getan hat – so fehlt die Kraft, ein Gut zu individualisieren, weshalb eine Verwechslung gar nicht entstehen kann. Oder mit Trollers Worten: Mit der Originalität und der Verkehrsgeltung wird gleichzeitig die Kennzeichnungskraft über Bord geworfen (Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 560). Auf der andern Seite muss die Originalität einer Ausstattung genügen, um den gesetzlichen Schutz beanspruchen zu können. Wollte man immer Verkehrsgeltung fordern – wie von Büren dies tut (Kommentar, S. 114) – müsste einer neu auf den Markt gebrachten Leistung (die an sich in der Lage wäre, auf ihren Hersteller hinzuweisen) der Schutz versagt bleiben, solange sie sich im Verkehr nicht durchgesetzt hat. In der Zwischen-

Der wettbewerbsrechtliche Schutz erfasst grundsätzlich auch Dienstleistungen[211]. Auch sie können so ausgestattet sein, dass sie sich (von Anfang an oder nachdem sie Verkehrsgeltung erlangt haben) von den Konkurrenzangeboten unterscheiden und auf einen bestimmten Anbieter hinweisen. Im Bankengewerbe hat man es indessen nur in ganz wenigen Fällen mit Marktleistungen zu tun, die Originalität in dem vom Bundesgericht verlangten Sinn aufweisen. Ganz allgemein kann in diesem Zusammenhang gesagt werden, dass Dienstleistungen in geringerem Masse vom Ausstattungsschutz profitieren können, da die fehlende Gegenständlichkeit eine Individualisierung erschwert. Selbst wenn eine Bank eine völlig neue Leistung auf den Markt bringt, erwartet das Publikum – das sich an die ausgeglichenen Sortimente der Banken gewöhnt hat –, dass auch die übrigen Institute diese Leistungen anbieten. Nur in Ausnahmefällen wird eine Innovation von Anfang an als die Leistung einer bestimmten Bank erkannt (z.B. Sparplan der Bank Leu). Überdies führt die mangelnde Markttransparenz und die Komplexität des Angebots vielfach überhaupt dazu, dass eine neue Entwicklung vorerst gar nicht als solche erkannt wird. Der Ausstattungsschutz ist deshalb in der Regel auf die Durchsetzung im Verkehr angewiesen. Aber auch hier stossen die Kreditinstitute, die einen errungenen Marktvorsprung absichern möchten, auf Schwierigkeiten. Dies, weil die Konkurrenten sehr schnell auf Neuerungen reagieren, so dass nur wenig Zeit bleibt, Verkehrsgeltung zu erlangen. Aber selbst wenn der Ausstattungsschutz aufgrund der Originalität oder Verkehrsgeltung gegeben ist, verstösst noch nicht jede Nachahmung oder Nachmachung gegen das UWG. Unlauter wird das Angebot einer kopierten Marktleistung erst, wenn sie geeignet ist, eine Verwechslung mit der primären Leistung hervorzurufen. Wettbewerbswidrig ist also nicht die eigentliche Nachahmung eines fremden Angebots, sondern die Schaffung der Gefahr, dass der Marktbürger glaubt, die ursprünglich angebotene Leistung in Anspruch zu nehmen, während er in Wirklichkeit die Kopie nachfragt.

Im Bankengewerbe ist eine solche Verwechslung nicht zu befürchten, weil die kopierten Leistungen in der Regel über die betriebseigene Verkaufsorganisation (vor allem Filialnetz) abgesetzt werden. Selbst wenn Dienstleistungen, die einen hohen Neuheitswert aufweisen, direkt und ohne Variation übernommen werden, ist eine Betriebsverwechslung auszuschliessen. Eine gewisse Verwechslungsgefahr bestünde im Bankwesen einzig, wenn die nachgeahmten Leistungen über betriebsfremde Organisationen (z.B. Detailhandel) vertrieben würden, da die wahre Herkunft für den Nachfrager hier wesentlich weniger deutlich zum Ausdruck käme. Da das Bundesgericht aber nicht auf eine objektive Verwechselbarkeit abstellt, sondern verlangt, dass das Publikum über den Erzeuger oder die Güte der Leistung getäuscht wird[212], kann die Wettbewerbswidrigkeit einer Nachahmung auch bei

zeit hätten kapitalkräftige Anbieter die Möglichkeit, die fremde Leistung zu übernehmen und selber Verkehrsgeltung zu erlangen. Solche Verhaltensweisen lassen sich aber sicher nicht mit dem Geist des UWG vereinbaren. Vgl. auch Arquint C., a.a.O., S. 51 f.; Gastinger S., a.a.O., S. 94 f.

211 Das Gesetz nennt ausdrücklich neben Waren und Werken auch Leistungen.

212 BGE 87 II 56; 95 II 477 ff.; 90 IV 172; 103 II 216; Gastinger S., a.a.O., S. 96.

dieser Distributionsform (durch einen klaren Hinweis auf den Ursprung der Leistung) leicht ausgeschlossen werden. Damit wird deutlich, dass auch der wettbewerbsrechtliche Schutz vor Nachahmungen und Nachmachungen im Bankengewerbe de lege lata nur sehr unvollkommen ist. Daraus folgt zwar, dass die eigentliche Marktleistungsgestaltung der Kreditinstitute auf keine nennenswerte wettbewerbsrechtliche Schranken stösst, also praktisch ungehindert zum Einsatz gelangen kann. Dies ist indessen – unter dem Gesichtspunkt des Marketings – nicht nur positiv zu beurteilen, sind doch auch die eigenen Leistungen schutzlos fremden Eingriffen ausgeliefert.

Es wurde bereits angetönt, dass nicht nur die eigentliche Ausgestaltung der Marktleistung vor Verwechslungen geschützt wird. Der Schutzbereich des Wettbewerbsrechts erstreckt sich vielmehr auch auf alle andern, visuell wahrnehmbaren Elemente, die auf eine bestimmte Herkunft hinweisen und denen damit Ausstattungscharakter zukommt. Gerade im Bankengewerbe, wo ein eigentlicher Leistungsschutz weitgehend entfällt, kommt solchen zusätzlichen Merkmalen, mit denen die Angebote individualisiert werden können, eine überragende Bedeutung zu.

Das geltende MSchG schützt nur *Kennzeichen,* die markenmässig gebraucht werden (also auf der Ware selbst oder deren Verpackung angebracht sind) vor Nachmachung oder Nachahmung. Kennzeichen, die nicht so verwendet werden, sondern in der Werbung, auf Geschäftspapieren oder gar auf Warenmustern in Erscheinung treten, sind auf den Schutz des UWG angewiesen. Dieses schützt die gesamte individualisierungsfähige Gestaltung einer Ware oder Leistung als Ausstattung. Dadurch erfährt der Kennzeichnungsschutz eine wesentliche Ausdehnung. De lege lata werden auch Dienstleistungsmarken, die im Wettbewerbsgeschehen zunehmend an Bedeutung gewinnen, vom markenrechtlichen Schutz ausgenommen, da sie unkörperliche Leistungen und nicht "Waren oder Erzeugnisse" kennzeichnen und demzufolge auch nicht auf diesen oder deren Verpackung "angebracht" werden können. Da aber auch diese Zeichen einen Hinweis auf die Herkunft der angepriesenen Güter und deren Qualität enthalten, kann auch hier das Wettbewerbsrecht eingreifen und sie über den Umweg der Ausstattung schützen.

Die im Markenrecht hinsichtlich der Kennzeichnungskraft eines Zeichens geltenden Grundsätze sind in gleicher Weise auch im Wettbewerbsrecht anwendbar[213]. Die Dienstleistungsmarken sind deshalb im Prinzip nach den gleichen Kriterien zu beurteilen wie die andern Marken, so dass hier – ohne weiter auf diesen Problemkreis einzutreten – auf die allgemeine markenrechtliche Literatur verwiesen werden kann[214].

Für die Nachahmung von *Slogans* gilt im Prinzip das Gleiche wie für die Übernahme fremder Marktleistungen. Das heisst, dass ihre Übernahme grundsätzlich

213 BGE 90 IV 173; 80 II 174.

214 Vgl. Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 258 ff., S. 347 ff.; David H., Kommentar, S. 80 ff.

zulässig ist, wenn der Sonderrechtsschutz des Urheber- und Markenrechts versagt[215]. Fehlt der spezialrechtliche Schutz, so kann auch das UWG nur eingreifen, wenn zur an sich statthaften Ausbeutung weitere Umstände (wie eben die Verwechslungsgefahr) hinzutreten. Wettbewerbsrechtlichen Schutz geniessen nur Slogans, die kennzeichnungskräftig sind; nur sie können zu Verwechslungen Anlass geben. Nicht erforderlich ist, dass die Unterscheidungskraft von Anfang an besteht. Sie kann auch durch den Gebrauch erworben werden; d.h. selbst Slogans die von Haus aus nicht kennzeichnungsfähig sind (weil sie reine Sachbezeichnungen oder Beschaffenheitsangaben enthalten oder als allgemein übliche Warenanpreisungen angesehen werden) können durch Verkehrsgeltung diese Qualifikation erhalten und schutzfähig werden[216]. Um originär und ohne zusätzliche Verkehrsgeltung als unterscheidungskräftig zu gelten, darf der Slogan nicht dem Gemeingut entnommen sein; überdies muss er in den Augen des angesprochenen Publikums eine genügende Gestaltungsqualität oder einen originellen Gesamteindruck aufweisen[217].

Der Ausstattung zuzurechnen sind ferner die von verschiedenen Banken verwendeten *"Hausfarben"*; sie bezwecken – als Werbekonstante eingesetzt –, die Werbung für die einzelnen Dienstleistungen zu verknüpfen, ihr ein einheitliches Gepräge zu geben und damit die Erinnerungswirkung zu erhöhen[218]. Das Erscheinen der gewählten Farbkombination soll beim Betrachter sofort gedankliche Assoziationen mit dem werbenden Institut auslösen. VON BÜREN vertritt die Ansicht, dass an Farben und Farbkombinationen keine Individualrechte erworben werden können, da sie als Elemente, an denen ein Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit besteht, kennzeichnungsunfähig sind[219]. Sicher ist es richtig, dass nicht einzelne Grundfarben monopolisiert werden dürfen. Hingegen ist gegen den Schutz von Farbkombinationen, insbesondere verbunden mit einer besonderen Aufteilung in Farbflächen und gegen den Schutz von Einzelfarben, in Verbindung mit andern Gestaltungselementen (z.B. Warenform), nichts einzuwenden. So hat denn das Bundesgericht wiederholt bestätigt, dass Farben, dank ihrem Einfluss auf das Gedächtnis der Verbraucher, Unterscheidungskraft besitzen können und deshalb in Verbindung mit andern Elementen schutzwürdig sind[220].

Farbkombinationen sind im allgemeinen nicht schon von Anfang an unterscheidungskräftig, d.h. sie vermögen nicht schon bei ihrem ersten Auftreten im Wettbewerb eine Leistung zu individualisieren. Nur besonders charakteristischen Farbmustern kann Originalität zugesprochen werden[221]. In den übrigen Fällen muss

215 Traub F., Der Schutz von Werbeslogans im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1973, S. 186 ff.; vgl. auch Cour de justice de Genève vom 30. September 1969, Schw. Mitt. 1970, S. 228.

216 Arquint C., a.a.O., S. 53.

217 Dazu ausführlich Arquint C., a.a.O., S. 54 ff. mit Beispielen.

218 Z.B. Bankgesellschaft: rot-schwarz-weiss; Bankverein: blaugrün-weiss; Volksbank: olivgrün-hellgrün-weiss.

219 von Büren B., Kommentar, S. 118, S. 123.

220 BGE 90 II 259; 82 II 352; 58 II 454; 61 II 385.

221 Z.B. blau-weisses Rautenmuster der Bayerischer Vereinsbank, das allerdings dem bayeri-

Verkehrsgeltung nachgewiesen werden. Hat sich aber eine Farbkombination im Verkehr durchgesetzt, ist sie also in der Lage auf eine bestimmte Herkunft hinzuweisen, so muss sie den wettbewerbsrechtlichen Schutz beanspruchen können. In einem früheren Entscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass nur besonders charakteristische Farben und Farbzusammenstellungen vom Publikum als unterscheidungskräftig anerkannt würden[222]. Dieser Ansicht kann heute nicht mehr zugestimmt werden, führt doch die stetige Wiederholung in der Werbung und in der übrigen Geschäftstätigkeit (Bulletins, Geschäftspapier etc.) dazu, dass an sich wenig charakteristische Farben (z.B. blau-weiss) Unterscheidungskraft bekommen. Hat eine Farbkombination Verkehrsgeltung erlangt, so wird sie nicht generell monopolisiert. Eine Verwechslungsgefahr ist im allgemeinen nur bei der charakteristischen Verwendungsart (z.B. als Balken unter dem Firmenzeichen), in der speziellen Raumaufteilung oder in der Verknüpfung der Farben mit andern Gestaltungselementen zu sehen. Entscheidend ist letztlich aber immer der Gesamteindruck auf das angesprochene Publikum. Zu beachten ist indessen, dass die Verwechslungsgefahr vielfach selbst durch den deutlichen Hinweis auf das werbende Institut nicht ausgeschlossen werden kann. Werden beispielsweise die von einem Konkurrenzinstitut verwendeten Farben in Verbindung mit dem eigenen Firmenzeichen eingesetzt, so entsteht die Gefahr, dass der Verbraucher auf ein Zusammengehörigkeitsverhältnis schliesst, also glaubt, indirekt die Leistung eines andern Anbieters in Anspruch zu nehmen. Die Gefahr einer solchen Verwechslung ist umso grösser, als tatsächlich Banken mittels Verwendung der gleichen Hausfarben auf bestehende Abhängigkeitsverhältnisse hinweisen (z.B. Bankgesellschaft – Aufina).

9.5.2. Preisgestaltung

9.5.2.1. Allgemeine Grundsätze

Es entspricht dem Wettbewerbsprinzip, dass nicht nur durch Variation der qualitativen Leistungsmerkmale, sondern auch durch eine ansprechende Preisgestaltung versucht wird, die Nachfrage zugunsten der eigenen Unternehmung zu beeinflussen. Ein solches Verhalten ist wettbewerbseigen und verstösst grundsätzlich nicht gegen das Prinzip von Treu und Glauben; und zwar auch dann nicht, wenn dadurch die Wettbewerbsstellung der Konkurrenten beeinträchtigt wird[223]. Unlauter wird die

schen Staatswappen entnommen ist und aus diesem Grund nicht monopolisiert werden darf.

222 BGE 61 II 385.

223 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1078; Germann O.A., Festschrift Hug, S. 216 f.; von Büren B., Kommentar, S. 57; BGE 52 II 381; 57 II 498; 71 II 234; Baumbach/Hefermehl, N. 189 ff. zu § 1, S. 471 ff.; erlaubt ist auch die Verletzung einer Preisbindung durch einen Aussenseiter (BGE 86 II 108 ff.).

Preisgestaltung (Preisfestsetzung, Preismanipulation) erst, wenn zusätzliche Merkmale (angestrebter Zweck, eingesetzte Mittel) auftreten, die das Verhalten als sittenwidrig erscheinen lassen. Das bedeutet, dass die Kreditinstitute ihre *Preise grundsätzlich frei festsetzen* und im Zeitablauf nach den Marktverhältnissen und Unternehmungszielen variieren können, ohne dabei auf ihre Konkurrenten Rücksicht nehmen zu müssen.

Zentrale Voraussetzung einer Wirtschaft, die den Wettbewerb als Koordinationsmittel gewählt hat, ist die Möglichkeit des Leistungsvergleichs. Können die angebotenen Leistungen nicht miteinander verglichen werden, so sind Fehlleitungen der Nachfrage die Folge, die letztlich dazu führen, dass das Wettbewerbssystem seine Funktionsfähigkeit einbüsst. Da der Preis seinerseits eines der wesentlichsten Leistungselemente ist, zieht eine Preisgestaltung, die den *Preisvergleich* verunmöglicht, zwangsläufig Wettbewerbswidrigkeit nach sich. Nun ist aber zu beachten, dass die Preisgestaltung der Banken Besonderheiten aufweist, die von Haus aus eine Gegenüberstellung der einzelnen Leistungen erschweren. Zu denken ist etwa an die Möglichkeit, die effektive Preishöhe sowohl über die Preisbezugsbasen, als auch die Preiszähler zu beeinflussen. Allerdings muss gesagt werden, dass der Einsatz dieses preispolitischen Mittels (soweit nicht zusätzliche täuschende Mittel hinzutreten) nicht zu einer Verunmöglichung des Preisvergleichs führt. Eine gewisse Beeinträchtigung der Vergleichsmöglichkeit muss hier hingenommen werden, da eine andere Preisgestaltung im Bankengewerbe gar nicht möglich ist. Anders zu beurteilen sind die im Bankengewerbe üblichen Preisstellungsformen, denen (ohne in der Natur der Sache begründet zu sein) eine latente Täuschungsgefahr innewohnt und die einen Preisvergleich praktisch verunmöglichen (Spaltung der Preise in Teilpreise, Verwendung fiktiver Preisbezugsbasen). Diese Praktiken sind grundsätzlich unlauter, soweit nicht Massnahmen ergriffen werden, die die Täuschungsgefahr beseitigen und die Möglichkeit des Preisvergleichs wiederherstellen. Ein Mittel, die Wettbewerbswidrigkeit dieser preispolitischen Mittel auszuschliessen, ist eine umfassende, klare, unmissverständliche Aufklärung der Nachfrager. Mit andern Worten: die Kreditinstitute müssen in all ihren Marktbearbeitungsmassnahmen jeweils sämtliche Teilpreise (Zinse, Provisionen, Gebühren etc.) mit den dazugehörenden Preiszählern und Preisbezugsbasen angeben. Nur so kann eine Täuschungsgefahr im Preissektor ausgeschlossen werden.

Es ist nicht erforderlich, dass tatsächlich vorgekommene Täuschungen nachgewiesen werden; die blosse Gefährdung der Verbraucher reicht aus, um eine Handlung unlauter werden zu lassen[224]. Ob im Einzelfall eine Täuschung vorliegt, beurteilt sich nach der Aufmerksamkeit und dem Unterscheidungsvermögen der angesprochenen Verkehrskreise. Das bedeutet, dass die Banken (v.a. im Massengeschäft) von sich aus tätig werden müssen, um die bestehende Gefahr zu beseitigen, wollen sie sich nicht dem Vorwurf aussetzen gegen Treu und Glauben zu verstossen[225].

224 von Büren B., Kommentar, S. 28, 74.
225 Vgl. BGE 84 II 583.

Auch der *Einsatz fiktiver Preisbezugsbasen* verstösst nicht schlechthin gegen das UWG. Dies obwohl er erlaubt, die Preiszähler tiefer anzusetzen und damit die Belastung optisch niedriger erscheinen zu lassen. Unlauter wird diese Preisstellung – wie die andern Bankpreise – erst, wenn das Publikum über das Preis/Leistungsverhältnis getäuscht wird; d.h. wenn ein Kunde glaubt, eine Leistung zu einem günstigeren Preis beanspruchen zu können als dies tatsächlich der Fall ist. Eine solche Täuschung über die effektive Belastung liegt vor, wenn die Bezugsbasis so gewählt wird, dass für den Absatzpartner eine Belastung gar nicht ersichtlich oder aber deren Ausmass nicht abschätzbar ist (z.B. Verfahren der Kompensationseinlagen, bei dem die Krediterteilung an die Bedingung geknüpft wird, dass auf einem Guthabenkonto eine vom Kreditrahmen abhängige Reserve zu unterhalten ist; Abstellen der Preisbemessung auf Höchstsollsalden und nicht auf die tatsächliche Kreditbeanspruchung)[226]. Hier genügt eine reine Bekanntgabe der Bezugsbasen allerdings nicht mehr, um die bestehende Täuschungsgefahr zu beseitigen. Denn der bankunerfahrene Durchschnittskunde kann eine solche Preisbildung normalerweise nicht mehr durchschauen. Es muss deshalb verlangt werden, dass eine Bank, die mit fiktiven Preisbezugsbasen arbeitet, ihre Kunden stets auch über die Konsequenz der angewandten Bemessungsgrundlage umfassend aufklären muss.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die im Bankengewerbe üblichen Preisstellungsformen zulässig sind, wenn sie so eingesetzt werden, dass die Gefahr einer Irreführung des Publikums nicht entstehen kann. Die grundsätzlich freie Preisgestaltung bleibt also auch im Bankengewerbe gewahrt; die Preispolitik der Banken wird durch das Wettbewerbsgesetz nicht wesentlich eingeschränkt. Das UWG stellt aber hohe Anforderungen an die Bekanntgabe der Preise, soll die Bankpreisgestaltung nicht zu einer Täuschung des Publikums über die wahre Preishöhe und damit über ein zentrales Leistungselement führen.

9.5.2.2. Preisunterbietungen und Lockpreise

Die Rechtsprechung hat *Preisunterbietungen,* also konkurrenzbezogene Preisherabsetzungen, in konstanter Praxis als zulässig erklärt; und zwar auch dann, wenn die Leistungen zu Verlustpreisen angeboten werden[227] [228]. Die Literatur ist dieser Auffassung gefolgt[229]. Eine andere Lösung würde den wirtschaftlichen Verhältnis-

226 Sind keine betrieblichen Notwendigkeiten für die Wahl fiktiver Bemessungsgrundlagen ersichtlich, so liegt der Verdacht nahe, dass diese nur gewählt wurden, um die entsprechenden Preiszähler tiefhalten und so die Leistung scheinbar günstiger anbieten zu können. Eine Täuschungsabsicht braucht indessen – wie erwähnt – nicht nachgewiesen zu werden.

227 BGE 85 I 447 ff.; 57 II 339; 52 II 381.

228 Den hier behandelten Preisunterbietungen entsprechen im Passivgeschäft Preisüberbietungen.

229 Schluep W.R., Lockvogelpreise und Lockvogelmarken im schweizerischen Recht, in: Prix et marques d'appel en droit comparé, Genève 1976, S. 81, 70 ff.; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1078; von Büren B., Kommentar, a.a.O., S. 57; Germann O.A., Unlauterer Wettbewerb, Zürich 1945, S. 282; derselbe, Generalklausel, S. 17 f.; Fikentscher

sen auch kaum gerecht werden. Denn der Unternehmer kann aus verschiedenen (kommerziellen) Gründen veranlasst werden, seine Leistungen unter den Selbstkosten (Gesamtkosten je Leistungseinheit) anzubieten: Einführung neuer Leistungen; Abbau von Lagerbeständen; Absatz- oder Liquiditätsschwierigkeiten. Ausserdem ist es äusserst schwierig, die Selbstkosten einer Leistung zu bestimmen, da eine Zurechnung der Gemeinkosten immer mit einer gewissen Willkür erfolgt[230]. Im Bankengewerbe würde die Bestimmung einer noch zulässigen Preisuntergrenze überdies auf nicht überwindbare Schwierigkeiten stossen, besteht doch ganz allgemein die Ansicht, die Kosten der einzelnen Leistungen liessen sich wegen ihrer spezifischen Zusammensetzung (Stückkosten/Wertkosten) überhaupt nicht bestimmen[231]. Die Abgabe nicht kostendeckender Leistungen muss nicht zum vornherein unökonomisch oder wettbewerbsfremd sein. Vielmehr muss der Unternehmer, will er auf dem Markt bestehen können, grundsätzlich die Möglichkeit haben, seine Leistungen mit einer geringen bzw. gar keiner Gewinnspanne oder sogar unter den Selbstkosten abzusetzen. Dies gilt besonders bei verbundenen Leistungen, wie sie im Bankengewerbe üblicherweise anzutreffen sind. Hier zwingen die Marktverhältnisse den Anbieter in der Regel von einer Preisgestaltung, die sich an den Selbstkosten orientiert, abzusehen und zu einer Mischkalkulation zu greifen. Diese im Bankengewerbe übliche Kalkulation wird denn auch als wettbewerbsrechtlich zulässig betrachtet[232].

Allgemein anerkannt ist, dass eine an sich unbedenkliche Preisunterbietung durch das Hinzutreten besonderer Umstände unlauter werden kann[233]. Gegen Treu und Glauben verstossen insbesondere: Preisunterbietungen in Verbindung mit einer Verletzung von Vorschriften, an die auch die Mitbewerber gebunden sind[234] [235];

W., Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1962, S. 27; Baumbach/Hefermehl, N. 193 zu § 1 UWG, S. 474 f.; Lehmann M., Verkauf unter Einstandspreis und Lockvogelwerbung, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, GRUR Int. 1977, S. 144.

230 Vgl. Deppe H.-D., Selbstkosten – Eine betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Preisuntergrenze?, in: Fikentscher W., Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, S. 87 ff., 114; Lehmann (Verkauf unter Einstandspreis, S. 139) hält den Einstandspreis als die einzige operationale Grösse für die juristische Diskussion.

231 Zudem muss auch derjenige Unternehmer, der seine Güter zu teuer produziert oder eingekauft hat bei sinkenden Marktpreisen die Möglichkeit haben, seine Leistungen abzusetzen.

232 Baumbach/Hefermehl, N. 200 zu § 1 UWG, S. 478; vgl. auch Fikentscher W., a.a.O., S. 28; Gitbud L., Die rechtliche Beurteilung der Preisunterbietung nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und der Kartellgesetzgebung in der Schweiz und in Deutschland, Freiburger Diss. 1974, S. 59; David L., a.a.O., S. 231; Lehmann M., Verkauf unter Einstandspreis, S. 144; kritisch: von Godin H., Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Berlin, New York 1974, S. 126; zur Mischkalkulation BGE 52 II 166.

233 Schluep W.R., Lockvogelpreise und Lockvogelmarken, S. 69.

234 BGE 71 II 233 ff.: Verletzung von Clearingvorschriften; Germann O.A., Festschrift Hug, S. 217; Fikentscher W., a.a.O., S. 35; Gitbud L., a.a.O., S. 63 f.; von Büren B., Kommentar, S. 58.

235 Gemeint sind nicht nur Verstösse gegen Preisvorschriften. Preisunterbietungen können vielmehr auch durch zeitlich vorgehende Rechtsbrüche ermöglicht werden (z.B. durch Steuerdelikte). Sogar Verstösse gegen allgemein-verbindliche Vorschriften, die keinen direkten

Kampfpreisunterbietungen, mit denen das Ziel verfolgt wird, die Konkurrenten vom Markt zu verdrängen[236]; Preisunterbietungen in Verbindung mit einer Irreführung der Absatzpartner oder einer Herabsetzung der Mitbewerber[237].

Ein Extremfall der Preisunterbietung ist die Abgabe von *Gratisleistungen*. Auch sie muss – wenn Preise unter den Selbstkosten zugelassen werden – folgerichtig als lauter gelten. Wettbewerbswidrig wird sie erst, wenn die oben erwähnten zusätzlichen Merkmale hinzutreten[238]. Es wäre falsch, Gratisleistungen mit der Begründung, die Wettbewerber könnten langfristig ihre Ware nicht verschenken, als generell wettbewerbswidrig zu bezeichnen[239]. Denn es gibt durchaus Situationen, in denen sich die unentgeltliche Abgabe von Marktleistungen wirtschaftlich rechtfertigen lässt. Im Bankengewerbe werden in der Regel nicht Einzelleistungen, sondern Leistungsbündel nachgefragt. Deshalb erscheint die Gratisleistung bei den Banken vielfach nur als eine besondere Form der Preisunterbietung, mit der bezweckt wird, eine Leistungsgesamtheit preiswerter erscheinen zu lassen[240]. Daneben gibt es allerdings auch im Bankgeschäft Gratisleistungen, die nicht Bestandteil eines Leistungsbündels sind (z.B. Bulletins, Fachbücher)[241]. Hier wird man fordern müssen, dass Waren und Leistungen, die durch Spezialgeschäfte vertrieben werden, nicht (als Zugaben oder Werbegeschenke) unentgeltlich abgegeben werden. "Es verstösst gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (und wohl auch gegen die guten Sitten), mit der Existenz von Mitbewerbern zu spielen, um dadurch einen Werbeerfolg zu erzielen"[242].

Neben preispolitisch motivierten Preissenkungen, die die Nachfrage nach dem herabgesetzten Gut fördern sollen und Kampfpreisen, die das Ziel verfolgen, Mitbewerber aus dem Markt zu verdrängen, sind in den letzten Jahrzehnten *Preisunterbietungen zu Werbezwecken* aktuell geworden; sie sind darauf angelegt, den Absatz der nicht mit besonders tiefen Preisen versehenen Leistungen zu fördern. Dieses allgemein als *"Lockvogelpolitik"* bezeichnete Wettbewerbsverhalten zeichnet sich dadurch aus, dass die Preise bei Sortimentsteilen, für die ein hohes Qualitäts- und Preisbewusstsein besteht (Markenartikel) meist drastisch gesenkt werden, so dass diese Leistungen erheblich günstiger angeboten werden als durch die Konkurrenten. Da-

Wettbewerbsbezug haben, können eine Preisunterbietung unlauter machen, wenn zwischen Rechtsbruch und Wettbewerbshandlung (Preisherabsetzung) ein innerer Zusammenhang besteht. Solche Verletzungen sind im Bankengewerbe durchaus denkbar, während direkte Verstösse gegen Preisvorschriften – mangels derartiger Vorschriften – nicht aktuell sind. Eindeutig im Vordergrund stehen Unterbietungen, die durch den Bruch eines der zahlreichen Preiskartelle möglich werden.

236 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1078; Germann O.A., Festschrift Hug, S. 217; von Büren B., Kommentar, S. 58 f.; Fikentscher W., a.a.O., S. 47; SJZ 1944, S. 291.

237 Gitbud L., a.a.O., S. 65 ff.; Fikentscher W., a.a.O., S. 36 f.; Baumbach/Hefermehl, N. 198–201 zu § 1 UWG, S. 477 ff.

238 Vgl. von Büren B., Aktuelle Fragen, S. 146 ff.

239 RG in GRUR 1938, S. 207; BGHZ 23, S. 365.

240 Z.B. Euro-Cheque-Karte.

241 Vgl. hiezu: Barrelet D., Journaux gratuits et concurrence déloyale, SJZ 1973, S. 285 ff.; VKK 1972, S. 181 ff., 260 f.; Lehmann M., Kostenlose Anzeigeblätter und unlauterer Wettbewerb, GRUR 1977, S. 21 ff.

242 Schluep W.R., Lockvogelpreise und Lockvogelmarken, S. 83.

mit wird in der Regel zweierlei bezweckt. Einmal soll das Gesamtsortiment preisgünstiger erscheinen als dasjenige der Mitbewerber; zum andern sollen Absatzpartner durch solche Angebote ins Geschäft gelockt und dort zu weiteren Käufen veranlasst werden. Die ältere Lehre hat in einem solchen Geschäftsgebaren kein wettbewerbswidriges Verhalten gesehen[243]. Sie verkennt offenbar die Gefahren, die mit einer systematischen Lockvogelpolitik verbunden sind (Konzentrationseffekt). Die Lehre von der allgemeinen Zulässigkeit hat inzwischen einer differenzierteren Betrachtungsweise Platz gemacht. Heute herrscht die Ansicht, die unerwünschten Folgen der Lockvogelpolitik seien zwar grundsätzlich über Spezialgesetze zu bekämpfen; doch könne das UWG schon de lege lata (durch Spezialtatbestände und die Generalklausel) einen gewissen Schutz bieten[244].

Unzulässig sind Preisherabsetzungen, die eine Preissenkung bloss vortäuschen *(Scheinvergünstigungen)*. Gegen Treu und Glauben verstossen namentlich die folgenden Fälle: Vortäuschen eines günstigen Angebots durch Senkung eines Teilpreises (z.B. Zins), während in Tat und Wahrheit die Herabsetzung durch Erhöhung anderer Preiskomponenten (Gebühren, Spesen) kompensiert wird; ferner die Behauptung von "Sonderpreisen", obwohl sich diese nicht von andern Preisen unterscheiden; schliesslich Preissenkungen, die vorgenommen werden, nachdem die Preise zu diesem Zweck vorher heraufgesetzt wurden; endlich auch Preisherabsetzungen, die bei Komponenten vorgenommen werden, denen in der Gesamtbelastung nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt, falls dem bankunerfahrenen Kunden durch eine entsprechende Aufmachung vorgespiegelt wird, es handle sich um eine "echte" Ermässigung.

Als irreführende Lockvögel sind auch solche Angebote zu qualifizieren, die dem Werbenden *nicht in genügendem Ausmass* zur Verfügung stehen, um die Nachfrage zu befriedigen, sofern in der Ankündung nicht eindeutig auf eine solche Begrenzung des Leistungsumfangs hingewiesen wird[245]. Diesem Fall kommt im Bankengewerbe aber kaum Bedeutung zu, da die Bankleistungen (bedingt durch die Gleichzeitigkeit der Leistungserstellung und -verwertung) im allgemeinen in unbegrenztem Umfang angeboten werden können.

Unlauter ist es auch, wenn der am Lockvogel Interessierte einem Überredungsversuch ausgesetzt wird, weitere teure Waren zu erwerben. "Unter solchen Voraussetzungen hat man einen gewöhnlichen *psychologischen Kaufzwang* vor sich, der unter dem Titel des 'unerlaubten Anreissens' verpönt ist"[246] [247].

243 von Büren B., Kommentar, S. 59.

244 Schluep W.R., Lockvogelpreise und Lockvogelmarken im schweizerischen Recht, S. 76 ff.; Briner-Eidenbenz R., Die rechtliche Würdigung des Lockvogels, WuR 1974, S. 17 ff.; vgl. Postulat von NR Leutenegger betr. BG über den unlauteren Wettbewerb vom 20. Juni 1975, SJZ 1975, S. 288.

245 Vgl. David L., a.a.O., S. 233.

246 Schluep W.R., Lockvogelpreise und Lockvogelmarken, S. 79.

247 Schluep (Lockvogelpreise und Lockvogelmarken, S. 82) möchte die Lockvogelwerbung schliesslich als eine getarnte (in der Maske der Preispolitik) erscheinende und deshalb sittenwidrige Werbung untersagen.

Da systematische Lockvogelangebote auf eine Täuschung der Abnehmer über die Preiswürdigkeit des Gesamtsortiments hinauslaufen können, stellt sich die zentrale Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verbilligung eines Sortimentsteils stellvertretend für das Gesamtangebot verstanden werden muss. Wann dies der Fall ist, kann nicht abschliessend beantwortet werden. Es muss vielmehr im Einzelfall geprüft werden, ob der unbefangene Werbeempfänger eine Werbung – nach den allgemeinen Lebenserfahrungen – als Beispielangebot oder als Sonderangebot verstehen darf. Eindeutig liegen die Verhältnisse, wenn ein Lockpreis ausdrücklich als beispielhaft für das Gesamtangebot dargestellt wird. So offensichtlich wird ein Lockvogel aber nur in den wenigsten Fällen zutage treten. Auf der andern Seite entfällt eine Gefährdung des Publikums von vornherein, wenn ein Tiefpreisangebot ausdrücklich als Sonderleistung bezeichnet wird[248]. Schwierig wird es, wenn ohne marktschreierischen Kommentar mit dem (herabgesetzten) Preis oder mit Preisgegenüberstellungen geworben wird. Hier kann nur im Einzelfall geklärt werden, ob der Adressat auf die Preisgünstigkeit des Gesamtangebots schliessen muss[249]. Immerhin wird man im allgemeinen verlangen müssen, dass der Preis wesentlich unter demjenigen der Mitbewerber liegt. Allerdings muss man dabei beachten, dass der Preis auch so tief angesetzt werden kann, dass der Lockvogel sofort als solcher entlarvt wird, so dass die Täuschungsgefahr wegfällt.

Liegt eine Irreführung über die Preiswürdigkeit des eigenen Sortiments vor, so ist darin in der Regel auch eine *Herabsetzung der Konkurrenten* zu erblicken[250 251]. In der Tat besteht die Gefahr, dass der Durchschnittsverbraucher aus der Preisdifferenz den Schluss zieht, das Konkurrenzinstitut sei nicht in der Lage oder nicht gewillt, seine Leistungen ebenso günstig abzugeben. Der Einsatz von Lockvögeln kann also zu einer Irreführung über die Leistungsfähigkeit der Konkurrenzinstitute führen, was den Tatbestand der Herabsetzung (Art. 1 Abs. 2 lit. a UWG) erfüllt.

Im Bankengewerbe ist die Gefahr einer Täuschung über die Preiswürdigkeit des Gesamtsortiments durch Lockvögel wesentlich geringer zu veranschlagen als beim Absatz von Konsumgütern. Der Grund ist darin zu sehen, dass die Banken im allgemeinen selbsterstellte Leistungen anbieten, die direkt (also nicht über eine Handelsstufe) vertrieben werden. Die offerierten Grundleistungen sind zwar weitgehend identisch; doch hat gerade diese Homogenität dazu geführt, dass sich der Wettbewerbskampf auf Zusatz- und Nebenleistungen verlagert hat, so dass das Leistungsangebot dem Durchschnittskunden doch völlig uneinheitlich erscheint. Die Banken

248 Nach Schluep W.R., (Lockvogelpreise und Lockvogelmarken, S. 77 f.) weisen Beispielcharakter auf: "dauernde Tiefpreise", "einfach billiger", "das erfolgreiche Konzept gegen die Teuerung". Eher Ausnahmecharakter haben: "Probierpreis", "Aktionspreis", "jetzt nur", "... solange Vorrat".

249 Baumbach/Hefermehl, N. 271 zu § 3 UWG, S. 879 f.

250 Briner-Eidenbenz R., a.a.O., S. 25; kritisch: Schluep W.R., Lockvogelpreise und Lockvogelmarken, S. 79.

251 Zur Ausbeutung des guten Rufs der Markenartikelhersteller, die bei einem mehrstufigen Vertrieb hinzukommt: Baumbach/Hefermehl, N. 271 zu § 3 UWG, S. 880; Briner-Eidenbenz R., a.a.O., S. 24 f.

bieten also (von Ausnahmen wie etwa "Traveller Cheques" abgesehen) Leistungen an, die nur mit Mühe miteinander verglichen werden können. Demzufolge fehlt auch ein einheitliches Preis- und Qualitätsbewusstsein. Mangelt dieses Bewusstsein, so werden günstigere Preise aber gar nicht als solche erkannt und führen deshalb auch zu keinen Rückschlüssen auf das Preisniveau des Gesamtsortiments. Darüber hinaus steht dem Preisvergleich und der Entwicklung eines einheitlichen Preisbewusstseins die mangelnde Markttransparenz entgegen, die vor allem auf den geringen Informationsstand der Massengeschäftskunden und die komplizierte Preisgestaltung der Banken zurückzuführen ist. Wird eine Leistung effektiv preisgünstiger oder unentgeltlich abgegeben, so besteht zwar die Möglichkeit, dass ein Leistungsbündel bloss aus diesem Grunde bei einem bestimmten Institut nachgefragt wird. Darin liegt aber keine Irreführung, wird doch dadurch die Gesamtleistung tatsächlich verbilligt, sofern nicht unlautere Manipulationen hinzukommen. Auch in diesem Fall ist deshalb normalerweise nicht damit zu rechnen, dass die Absatzpartner von einer unentgeltlich erbrachten Leistung irrtümlich auf ein unrichtiges Preisniveau schliessen.

Führt die Preisgestaltung im Bankengewerbe aber in der Regel nicht zu einer Täuschung über die Preiswürdigkeit des Gesamtsortiments, so entfällt auch eine Irreführung über die Leistungsfähigkeit der Mitbewerber und damit eine Herabsetzung.

9.5.2.3. Preisdifferenzierungen und Rabatte

Preisdifferenzierungen[252] sind wie die andern preispolitischen Verhaltensweisen grundsätzlich zulässig[253]. Dem Marktbürger wird durch das Wettbewerbsrecht nicht verwehrt, seine Preisgestaltung auf die örtlich, zeitlich und persönlich divergierenden Nachfrageverhältnisse auszurichten und demzufolge für objektiv gleiche Leistungen unterschiedliche Entgelte zu verlangen[254]. Die Möglichkeit, die Preise den Marktverhältnissen anzupassen und damit auch räumliche und zeitliche Unterschiede zu berücksichtigen, ist ein Ausfluss des bestehenden Prinzips der freien Preisgestaltung, das zum Wettbewerbssystem gehört. Ein Anbieter, der seine Leistungen zu unterschiedlichen Preisen anbietet, handelt nicht wettbewerbswidrig, wenn auch durch ein solches Vorgehen bestimmte Kundengruppen gegenüber andern benachteiligt werden. Ein allgemeines Verbot der Preisdiskriminierung lässt

252 In der Literatur zum Wettbewerbsrecht wird in diesem Zusammenhang meist von Preisspaltung gesprochen. Wir gebrauchen hier aber den in der Volks- und Betriebswirtschaftslehre üblichen Ausdruck der Preisdifferenzierung. Dies besonders deshalb, weil in der Wirtschaftswissenschaft unter Preisspaltung ein anderer Sachverhalt verstanden wird, nämlich die Aufspaltung eines Gesamtpreises in mehrere Teilpreise.

253 Baumbach/Hefermehl, N. 196 zu § 1 UWG, S. 476; Fikentscher W., a.a.O., S. 48 f.

254 Vgl. Baumbach/Hefermehl, N. 196 zu § 1 UWG, S. 477; A.M. Fikentscher W., a.a.O., S. 48 f.

sich denn auch aus dem UWG nicht ableiten[255]. Ob eine Preisdifferenzierung unter dem Blickwinkel des Marketings vertretbar oder notwendig ist, ist für die rechtliche Würdigung ohne Belang. Es gelten grundsätzlich die gleichen wettbewerbsrechtlichen Schranken wie bei den bereits erwähnten preispolitischen Massnahmen: die Differenzierungen dürfen also namentlich nicht dazu dienen, andere Wettbewerber vom Markt zu verdrängen; sie dürfen ferner nicht durch Gesetzesverletzungen ermöglicht werden; schliesslich dürfen sie nicht zu einer Irreführung des Publikums führen, d.h. es darf nicht der Eindruck erweckt werden, ein bestimmter Preis, der nur begrenzt Anwendung findet, gelte allgemein.

Das Gleiche gilt für die *Rabatte*, die ja nichts anderes sind als eine besondere Art der Preisdifferenzierung. Die grundsätzliche Zulässigkeit von Preisnachlässen kann aus Art. 20 UWG gefolgert werden, der sie von einer allfälligen Regelung der Zugaben ausnimmt[256]; sie ergibt sich aber auch direkt aus der Freiheit der Preisfestsetzung, die jedem Gewerbetreibenden zusteht und die eine Grundlage des Wettbewerbs bildet. Wettbewerbsrechtlich steht damit der Gewährung von Rabatten auch im Bankengewerbe nichts entgegen. Ihre Höhe wird in der Schweiz (im Gegensatz zur BRD) nicht begrenzt. Bei allzu hohen Rabatten kann allerdings die Gefahr entstehen, dass das Publikum über die Preiswürdigkeit der angebotenen Leistung getäuscht wird; dies besonders dann, wenn hohe Rabatte nur durch vorherige Preiserhöhungen ermöglicht werden (BGE 82 IV 52).

9.5.2.4. Die Preispolitik öffentlich-rechtlicher Banken

Die öffentlich-rechtlichen und gemischtwirtschaftlichen Institute können ihre Preise grundsätzlich frei bestimmen; auch sie dürfen die Preise ihrer Konkurrenten unterbieten, ohne an eine Preisuntergrenze gebunden zu sein, sofern nicht Umstände hinzutreten, die ein solches Verhalten unlauter machen (z.B. Vernichtungszweck)[257]. Zu den allgemeinen, die Unlauterkeit begründenden Merkmalen tritt bei den genannten Banken jedoch ein weiterer Sachverhalt: nämlich eine Preisunterbietung, die durch den missbräuchlichen Einsatz öffentlicher Mittel ermöglicht wird[258]. In

255 Goll H., Die wettbewerbs- und rabattrechtliche Beurteilung der Preisspaltung, Bern, Frankfurt 1973, S. 19; Baumbach/Hefermehl, N. 238 zu § 1 UWG, S. 494; Fikentscher W., a.a.O., S. 76 f.

256 Vgl. von Büren B., Kommentar, S. 42 f.

257 Baumbach/Hefermehl, N. 174 zu Allg. Grundlagen, S. 104; Schricker H., a.a.O., S. 188; Emmerich V., S. 30.
Baumbach/Hefermehl weisen richtig darauf hin, dass eine an sich wettbewerbswidrige Unterbietung durch solche Institute nicht durch einen irgendwie gearteten öffentlichen Zweck gerechtfertigt werden könne. Hingegen kann die Auferlegung neuer Aufgaben durch gesetzliche Bestimmungen die öffentliche Unternehmung berechtigen, ausnahmsweise gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen zu verstossen, wenn deren Erfüllung anders nicht möglich ist. Vgl. Emmerich V., a.a.O., S. 20.

258 Schricker H., a.a.O., S. 189; vgl. auch Emmerich V., a.a.O., S. 30.

der Tat liegt ein entscheidender Vorteil der Kantonalbanken gegenüber den privaten Kreditinstituten darin, dass sie (aufgrund ihrer Stellung) die Möglichkeit haben, auf das persönliche, sachliche und finanzielle Potential des Gemeinwesens zurückzugreifen. Dieser praktisch unbeschränkte Zugang zu staatlichen Mitteln kann ihnen ermöglichen, eine Preispolitik zu betreiben, die in weit geringerem Masse als diejenige ihrer privaten Konkurrenten auf die Kostenstruktur und die Marktverhältnisse Rücksicht zu nehmen hat. Dadurch werden Wettbewerbsvorsprünge ermöglicht, denen die privaten Mitbewerber nichts Ebenbürtiges entgegenzusetzen haben. Bestehen die ungleichen Wettbewerbsvoraussetzungen über eine längere Zeitspanne, so wird der Markt seine Funktion einbüssen. Deshalb muss der Einsatz betriebsfremder Mittel zur planmässigen Preisunterbietung als systemwidrig und damit unlauter erscheinen. Soll die Chancengleichheit der öffentlich-rechtlichen und privaten Institute gewahrt werden, dürfen die Kantonalbanken diejenigen Wettbewerbsvorteile, die sie allein ihrer besonderen Stellung verdanken, nicht zu Preisunterbietungen einsetzen.

Es ist grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig, wenn öffentliche Mittel zu Wettbewerbszwecken eingesetzt werden[259]. Nur dürfen diese Mittel dem staatlichen Institut nicht einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den privaten Konkurrenten verschaffen. Sonst entsteht die Gefahr, dass die Privaten vom Markt verdrängt werden. Unbedenklich ist die Erstausstattung einer staatlichen Bank mit finanziellen Mitteln; ebenso die Anpassung der Mittel an den Geschäftsumfang[260]. Noch tolerierbar erscheint auch die Deckung allfälliger Verluste durch das Gemeinwesen (Staatsgarantie). Wettbewerbsrechtlich bedenklich ist es hingegen, wenn auf eine angemessene Verzinsung des Dotationskapitals verzichtet wird. Vollends wettbewerbswidrig ist der zweckwidrige Einsatz öffentlicher Mittel zur Unterbietung privater Konkurrenten. Eine solche Zweckwidrigkeit liegt nicht nur beim Einsatz persönlicher und sachlicher betriebsfremder Verwaltungsteile vor (z.B. unentgeltlicher Einsatz staatlicher Funktionäre als Berater); vielmehr genügt es, dass die der Bank überlassenen Kapitalien nicht bestimmungsgemäss verwendet werden. Das den staatlichen Instituten vom Gemeinwesen zur Verfügung gestellte Grundkapital dient als finanzielle Grundlage dieser Banken, zur Sicherstellung ihrer wirtschaftlichen Aktivitäten. Die öffentlichen Institute haben wie die privaten ihr Streben darauf zu richten, ihre eigenen Mittel (durch Reservebildung) zu mehren und einen Gewinn zu erarbeiten, um das Dotationskapital verzinsen zu können. Werden Preisunterbietungen vorgenommen, die den Bestand des Dotationskapitals gefährden und eine Verzinsung verunmöglichen, so liegt eine Zweckentfremdung vor, die unlauter ist. Nicht anders zu beurteilen ist der Fall, dass zwar keine Preise der Mitbewerber unterboten, aber (was im Effekt auf das Gleiche herauskommt) bewusst Risiken eingegangen werden, die mit den Prinzipien einer vernünftigen Geschäftsführung unvereinbar sind und die eine private Bank deshalb nicht auf sich nehmen kann[261]. Selbst wenn mit einer

259 Vgl. Baumbach/Hefermehl, Allg. Grundlagen N. 174, S. 104.
260 Vgl. Schricker H., a.a.O., S. 195 ff.
261 Schricker H., a.a.O., S. 191 f.

derartigen Risikopolitik ein Verstoss gegen gesetzliche Bestimmungen verbunden ist, die das staatliche Institut vor Risiken schützen sollen (Kantonalbankgesetze), liegt die Wettbewerbswidrigkeit nicht in dieser Gesetzesverletzung. Denn obwohl eine solche Verletzung die Mitbewerber mittelbar tangiert, liegt darin keine Unlauterkeit, da diese Normen nur für das staatliche Kreditinstitut bindend sind und einzig den Schutz der öffentlichen Hand bezwecken[262]. Hingegen ist in einem derartigen Verhalten ein Missbrauch öffentlicher Mittel zum Nachteil privater Unternehmen zu sehen, kann doch die staatliche Bank die erhöhten Risiken nur im Vertrauen auf die Verlustdeckung der öffentlichen Hand übernehmen.

Erscheint die Preispolitik eines staatlichen Kreditinstitutes zweifelhaft, wird man vorerst abklären müssen, ob überhaupt eine Preisunterbietung vorliegt oder ob die Preisdifferenz auf qualitative Unterschiede zurückzuführen ist. Liegt eine Unterbietung vor, muss geprüft werden, ob diese auch ohne irgendwelche staatliche Hilfe wirtschaftlich zu rechtfertigen wäre. Ist dies der Fall, so kann dagegen nichts eingewendet werden. Wenn nicht, muss geschlossen werden, dass das Kreditinstitut einzig seine öffentlich-rechtliche Stellung ausgenutzt hat, um eine bestimmte Preispolitik zu betreiben. Da es im allgemeinen aber nicht nur *eine* wirtschaftlich richtige Verhaltensweise gibt, dürfte es im Einzelfall äusserst schwierig sein,festzustellen, ob eine Preisunterbietung tatsächlich nur im Hinblick auf die geschilderten spezifischen Vorteile vorgenommen wurde. Längerfristig muss von den öffentlich-rechtlichen Instituten, die mit privaten Konkurrenten in einem Wettbewerbsverhältnis stehen, indessen verlangt werden, dass eine gewinnorientierte Preispolitik betrieben wird und der Kalkulation alle Kosten (also auch Verrechnungspreise für interne staatliche Leistungen) zugrunde gelegt werden.

Die Kantonalbanken kommen im allgemeinen in den Genuss der *Steuerbefreiung*. Diese Bevorzugung wurde ursprünglich mit der Begründung eingeführt, eine Besteuerung erübrige sich, da die Gewinne sowieso dem Staat abgeliefert würden. Die Befreiung von der Steuerpflicht stellt aber einen Wettbewerbsvorteil dar, der nicht unterschätzt werden darf, erreichen die Kantonalbanken doch die Gewinnschwelle schneller als die privaten Geschäftsbanken, die mit einer Steuerbelastung rechnen müssen. Dies aber öffnet den öffentlich-rechtlichen Instituten wiederum einen weiteren Spielraum bei der Preisfestsetzung, von dem sie indessen keinen Gebrauch machen dürfen. Denn Preisunterbietungen, die einzig durch diese fiskalische Sonderstellung ermöglicht werden, sind gleich zu beurteilen wie die Wettbewerbsvorteile, die im Zugang zu öffentlichen Mitteln begründet sind.

262 Baumbach/Hefermehl, Allg. Grundlagen, N. 174, S. 104.

9.5.3. Werbung

9.5.3.1. Vergleichende Werbung

a) Allgemeine Grundsätze

Unter der vergleichenden Werbung werden im allgemeinen alle Werbeformen zusammengefasst, die die eigene Marktleistung derjenigen der Konkurrenz gegenüberstellen, um durch diesen Vergleich dem eigenen Angebot mehr Sympathien und Zugkraft zu verschaffen[263]. Die vergleichende Werbung setzt eine deutliche, d.h. eine für den angesprochenen Konsumenten erkennbare Bezugnahme auf das Angebot der Konkurrenzinstitute voraus. Diese muss nicht unbedingt in einer direkten Gegenüberstellung der miteinander in Beziehung gesetzten Leistungen bestehen. Vielmehr kann der Vergleich auch (ohne ausdrückliche Nennung des Mitbewerbers oder dessen Leistung) durch die Verwendung besonderer grammatikalischer Ausdrucksformen (Komparativ, Superlativ) erfolgen[264]. Der Vergleich muss sich keineswegs auf einen bestimmten Mitbewerber beziehen; er kann die eigene Leistung auch mit einer kleineren oder grösseren Gruppe von Konkurrenten (z.B. mit den Anbietern einer bestimmten Stadt oder Region) oder mit der ganzen Branche in Verbindung bringen[265].

In der Bezugnahme auf die Konkurrenten kann ein Element der Herabsetzung gesehen werden, wird damit doch in der Regel bezweckt, die Leistung des Mitbewerbers im Vergleich schlechter abschneiden zu lassen. Das ist auch der Grund, weshalb die deutsche und französische Rechtsprechung der vergleichenden Werbung gegenüber feindlich eingestellt ist[266]. In der Schweiz wird diese Form der Werbung hingegen toleriert, sofern der Vergleich objektiv richtig, nicht irreführend und nicht herabwürdigend ist[267] und wenn er (nach der neuesten Rechtsprechung) nicht sonstwie gegen die Generalklausel verstösst (z.B. durch Rufausbeutung)[268]. Unser Land bekennt sich demnach zum Missbrauchsprinzip; die kritisierend-ver-

263 Luchterhand H.F., a.a.O., S. 203; Germann O.A., Vergleichende Reklame, WuR 1954, S. 259 f.

264 So beispielsweise durch: "Wir zahlen höhere Zinsen", "günstigste Konditionen".

265 Die im Bankengewerbe zu beobachtende Aufsplitterung in regionale und lokale Märkte hat allerdings zur Folge, dass sich auch im letzteren Fall nur eine eng begrenzte Zahl von Kreditinstituten (nämlich diejenigen, die im direkten Wettbewerb zum Werbenden stehen) angegriffen fühlen.

266 Vgl. zur ausländischen Rechtsprechung: Troxler H., a.a.O., S. 72 ff.; Baumbach/Hefermehl, N. 271 ff. zu § 1 UWG, S. 513 ff.

267 BGE 87 II 116; 94 IV 38; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1083; Schmid J.G., Die vergleichende Reklame, Zürcher Diss., Winterthur 1955, S. 44 ff.; David L., a.a.O., S. 218; Germann O.A., Vergleichende Reklame, S. 262 ff.; Troxler H., a.a.O., S. 126 ff.; kritisch von Büren B., Kommentar, S. 69 ff.. Auszumerken ist allerdings, dass der Zeitungsverleger-Verband seinen Mitgliedern nahelegt, Inserate mit Gegenüberstellungen von Produkten und Preisvergleichen abzulehnen. Vgl. David L., a.a.O., S. 149.

268 BGE 102 II 292 ff.

gleichende Werbung ist gestattet, sofern keine die Unzulässigkeit begründende Tatbestandesmerkmale vorliegen[269]. Der Wettbewerber darf sich kritisch mit den Angeboten seiner Konkurrenten auseinandersetzen. Er muss sich nicht auf den Systemvergleich – also auf die Gegenüberstellung abstrakter Leistungen ohne konkrete Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber (z.B. Wertpapiersparen – Banksparen) – beschränken[270]. Die grundsätzliche Zulässigkeit der kritisierend-vergleichenden Werbung ist zu begrüssen. Von der Geschäftsmoral her ist nichts gegen eine umfassende Kritik des Konkurrenten einzuwenden[271]. Daneben fordert das Gebot der funktionalen Auslegung des UWG geradezu eine umfassende, aber richtige (also auf Wahrheit beruhende, nicht irreführende) Kritik. Eine solche Auseinandersetzung kann durchaus einen positiven Beitrag zur Funktionsfähigkeit der Marktwirtschaft liefern, indem die Markttransparenz erhöht und damit die Fähigkeit einer optimalen Bedürfnisbefriedigung der Marktbürger verbessert wird[272]. Überdies ist mit SCHLUEP auf die Bedeutung der Kritik für die Entlarvung der Suggestivwerbung und die Innovationsbereitschaft der Unternehmungen hinzuweisen[273]. Für die Absatzdurchführung ist die Zulässigkeit der kritisierend-vergleichenden Werbung von grosser Bedeutung. Und zwar nicht nur, weil damit eigene Leistungsvorsprünge viel akzentuierter ins Bild gesetzt werden können, sondern auch, weil es offensichtlich Situationen gibt, in denen eine Bezugnahme auf die Konkurrenten unumgänglich ist. So etwa bei der Einführung technisch neuer Marktleistungen (Fortschrittsvergleich), bei der Gegenüberstellung abstrakter Angebotsvarianten (Systemvergleich), bei der Abwehr von Angriffen eines Wettbewerbers. Das gilt aber auch ganz besonders für den Einsatz der persönlichen Werbemittel (Verkauf), mit denen sich die Rechtsprechung zwar noch nicht zu befassen hatte, die aber grundsätzlich der gleichen Regelung untersteht[274]. Im Verkaufsgespräch ist es im allgemeinen erforderlich, Vor- und Nachteile der verschiedenen Leistungen darzulegen, Preisunterschiede zu erklären und auf Fragen der Kunden Auskunft zu erteilen. Ein Leistungsvergleich, der über den Systemvergleich hinausgeht, ist dabei kaum zu umgehen.

Die Werbeaussagen sind immer subjektiv gefärbt, denn es ist das Bestreben der Werbung, das eigene Angebot im hellsten Licht erscheinen zu lassen. Die Anforderungen an den *Wahrheitsgehalt* der vergleichenden Werbung dürfen deshalb nicht überspannt werden. Dies rechtfertigt sich umsomehr, als auch die Absatzpartner

269 Troxler H., a.a.O., S. 69.

270 Zu beachten ist, dass die vergleichende Werbung nicht nur Elemente der Herabsetzung enthalten muss, sondern auch Inhalte aufweisen kann, durch die positiv auf die fremde Leistung Bezug genommen wird, um sie in den Dienst des eigenen Angebots zu stellen (anlehnende Werbung).

271 Dazu Schluep W.R., Kritik, S. 250 f.

272 Vgl. Schluep W.R., Kritik, S. 251.

273 Schluep W.R., Kritik, S. 251 mit Hinweis auf: Schluep W.R., Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewusste, a.a.O., S. 392 ff. und Eickhof N., Kooperation, Konzentration und funktionsfähiger Wettbewerb, Tübingen 1975, S. 39 ff.

274 Vgl. Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1084; Troxler H., a.a.O., S. 155.

im allgemeinen der Funktion der Wirtschaftswerbung Rechnung tragen und die einzelnen Appelle nicht auf die Goldwaage legen. Eine kritische, herabsetzende Äusserung ist erlaubt, "wenn mittels Abklärung des Sachverhalts nachgewiesen werden kann, dass die Aussage, so wie sie der Durchschnittsadressat verstehen durfte, richtig ist"[275]. Im Bankwesen wird die Grenze der Zulässigkeit eher erreicht, weil die Werbung in diesem Wirtschaftszweig sehr stark den Prinzipien der Wahrheit und Klarheit verpflichtet ist; eine Aussage wird vom Publikum viel eher als bare Münze hingenommen, als in der Konsumgüterwerbung, in der Übertreibungen an der Tagesordnung sind.

Irreführend ist eine Aussage, wenn sie beim Adressaten eine falsche, der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung hervorruft. Auch objektiv richtige Angaben können ein derartig falsches Bild erzeugen und den Umworbenen täuschen[276]. Etwa, wenn (vorhandene oder nicht vorhandene) Merkmale des eigenen Angebots *so* hervorgehoben werden, dass der Eindruck entsteht, die Konkurrenzleistungen wiesen diese nicht auf[277]. Im Bankengewerbe müsste dementsprechend eine Werbung, die auf den Universalbankcharakter pocht ("Wir bieten mehr als eine Spezialbank"), als irreführend und damit unlauter qualifiziert werden, da die allermeisten Kreditinstitute über eine mehr oder weniger breite Angebotspalette verfügen und somit als Universalbanken einzustufen sind.

Unzulässig sind *unnötig verletzende Herabsetzungen. Nicht* verletzende und *nicht unnötig* verletzende Herabsetzungen (aufgrund wahrer und nicht irreführend verbreiteter Tatsachen) sind demnach erlaubt. Die "Unnötigkeit" bezieht sich auf den Anlass einer Äusserung (Zweckproportionalität) und damit verbunden auf die Stärke des Eingriffes. Eine Herabsetzung ist also dann nicht unnötig verletzend, wenn ein begründeter Anlass bestand und wenn sie nicht über das Ziel hinausschiesst[278]. Damit werden kritisch-verletzende Aussagen dann begrenzt, wenn sie im Hinblick auf das Angebot erlässlich sind, also mit dem eigentlichen Leistungsvergleich nichts zu tun haben[279]. Unstatthaft sind herabsetzend-verletzende Äusserungen, die für die Bedarfsbildung und -deckung irrelevant sind, da sie weder Grund- noch Zusatznutzen ansprechen. Im allgemeinen wird die persönlich-vergleichende Werbung – bei der nicht das Angebot des Konkurrenten, sondern dessen persönliche Verhältnisse aufs Korn genommen werden – hierhin gerechnet. So haben zum Beispiel Hinweise auf den ausländischen Charakter einer Bank, auf die Religion, die Rasse oder die politische Einstellung der Geschäftsführer oder Eigentümer als unlau-

275 Schluep W.R., Kritik, S. 245; vgl. auch Troxler H., a.a.O., S. 141 ff.; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1087.

276 Vgl. von Büren B., Kommentar, S. 72; Schmid C., Irreführende Werbung, Diessenhofen 1976, S. 33 ff.

277 Vgl. Troxler H., a.a.O., S. 147; Zur Irreführung durch Verschweigen auch: Baumbach/Hefermehl, N. 48 ff. zu § 3 UWG.

278 Wird die Wendung "unnötig" demgegenüber bloss als Gegensatz zu der potentiellen Verletzung des Kritisierten verstanden, so verletzt unnötig nur – wie Schluep (Kritik, S. 246) ausführlich dargelegt hat – wer formal entgleist, also beispielsweise sprachliche Wendungen wie "Trust-Tyrann" gebraucht.

279 Schluep W.R., Kritik, S. 246; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1082 f.

ter zu gelten[280]. Gegen eine derartige globale Unterbindung der persönlich-vergleichenden Werbung wendet sich SCHLUEP, indem er darauf hinweist, dass die persönlichen Verhältnisse (vor allem im Dienstleistungssektor) durchaus "sachliche" Angebotskomponenten sein können, die bei der Bedürfnisbefriedigung eine gewisse Rolle spielen[281]. Aus diesem Grund muss zumindest erlaubt sein, eine persönlich gefärbte Werbebotschaft mit den gleichen Mitteln in Zweifel zu ziehen[282].

b) Alleinstellungswerbung

Eine Alleinstellungswerbung liegt dann vor, wenn der Werbende (allgemein oder in bestimmter Hinsicht) für sich allein eine *Spitzenstellung* auf dem Markt in Anspruch nimmt, also behauptet, die angebotene Marktleistung sei allen andern überlegen[283]. Das Wesen der Alleinstellungswerbung besteht demnach in der Hervorhebung einer Sonderstellung im Vergleich zur Konkurrenz[284]. Beruht eine solche Werbung auf objektiv richtigen Grundlagen, so ist dagegen nichts einzuwenden; wer einen Leistungsvorsprung hat, darf dies kundtun, ohne gegen die Grundsätze von Treu und Glauben zu verstossen[285]. Dies, obwohl mit der behaupteten Alleinstellung im allgemeinen ein Vergleich mit Konkurrenzprodukten (bzw. -unternehmen) und eine Herabsetzung derselben verbunden ist. Eine auf Tatsachen beruhende Alleinstellungswerbung trägt wesentlich zur Erhöhung der Markttransparenz bei und erlaubt dem Konsumenten eine optimalere Bedürfnisbefriedigung. Gegen ein solches Geschäftsgebaren ist also auch unter dem Gesichtspunkt der funktionalen Auslegung nichts einzuwenden. Wird hingegen eine Sonderstellung behauptet, obwohl sachlich keine solche vorhanden ist, so liegen unrichtige bzw. irreführende Angaben vor, die unter den Spezialtatbestand von lit. b fallen.

Die Sonderstellung wird in der Regel durch die Verwendung des Superlativs zum Ausdruck gebracht[286]. Sie kann aber auch ohne dessen Hilfe durch die Verwendung des Komparativs ("das leistungsfähigere Kreditinstitut"), durch sonstige

280 von Büren B., Kommentar, S. 68 f.; Troxler H., a.a.O., S. 131; Baumbach/Hefermehl, N. 359 zu § 1 UWG, S. 558.

281 Schluep W.R., Kritik, S. 252 f.

282 Schluep W.R., Kritik, S. 253. Zum Abwehrvergleich: Troxler H., a.a.O., S. 155 f.

283 Baumbach/Hefermehl, N. 66 zu § 3 UWG, S. 777 f.; BGE 102 II 290: "grösste Fernschule der Schweiz"; BGE 94 IV 36: "billigste Preise der Schweiz"; SJZ 1970, S. 235: "günstigstes Möbelhaus der Schweiz".

284 Luchterhand H.F., a.a.O., S. 209.

285 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1089; Troxler H., a.a.O., S. 29 f.; Baumbach/Hefermehl, N. 73 zu § 3 UWG, S. 780 f.; Luchterhand H.F., a.a.O., S. 210 f.; allerdings genügt es nicht, dass ein Wettbewerber nur einen unbedeutenden Marktvorsprung herausgearbeitet hat, denn der Verbraucher erwartet bei der Behauptung einer Alleinstellung eine nach Dauer und Umfang wirtschaftlich erhebliche Sonderstellung. Vgl. von Büren B., Kommentar, S. 75.

286 Keine Alleinstellung beinhaltet der Slogan "das beste Persil, das es je gab", denn hier fehlt die Bezugnahme auf die Konkurrenten. Eine solche Aussage ist ohne weiteres zulässig, sofern sie auf richtigen Grundlagen beruht.

sprachliche Bekräftigungen ("Berns grosse Universalbank", "Die Nummer eins in der Schweiz") oder durch optische Hervorhebungen ("*DIE* Hypothekenbank der Region") zum Ausdruck gebracht werden[287]. Auf der andern Seite muss die Verwendung des Superlativs (aber auch der Gebrauch des neg. Komparativs) nicht unbedingt auf eine Alleinstellung hinweisen. Vielfach wird durch die Verwendung dieser Ausdrucksformen nur eine Spitzenstellung behauptet, die andere gleichwertige Marktleistungen durchaus zulässt ("schnellste Erledigung ihrer Aufträge", "Grösstes Zweigstellennetz")[288].

Bevor die Unrichtigkeit oder Irreführung einer Werbebotschaft geprüft wird, muss man sich indessen überlegen, ob die Behauptung überhaupt als ernst zu nehmende Aussage zu betrachten ist oder ob sie als *reklamehafte Übertreibung* nur Aufmerksamkeit erregen will, ohne irgendwelchen Aussagewert zu haben[289]. Eine reine Superlativwerbung, die mit Wendungen, wie beispielsweise "maximal", "grossartig", "sensationell" operiert, widerspricht nach herrschender Lehre den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht. Wird eine Werbung als nichtssagend oder als eine objektiv nicht nachprüfbare Aussage aufgefasst, so scheidet der Tatbestand der Unrichtigkeit bzw. Irreführung aus[290]. Blosse Übertreibungen sind zulässig, soweit sie der Verkehr als solche erkennt[291]. In der Praxis bereitet die Abgrenzung der rechtlich nicht zu beanstandenden Superlativwerbung von der ernst zu nehmenden Alleinstellungswerbung nun aber erhebliche Mühe. Dies besonders deshalb, weil die Sonderstellung in der Regel durch die gleichen grammatikalischen Mittel zum Ausdruck gebracht wird wie die Übertreibungen (Superlativ, Komparativ). Ausschlaggebend für die Beurteilung, ob die eine oder andere Werbeform vorliegt, ist letztlich der Sinn, den die angesprochenen Werbeempfänger einer Botschaft zusprechen. Entscheidend ist also weniger die grammatikalische Form als die Wirkung, die eine bestimmte Aussage (in ihrer gesamten Aufmachung) auf die angesprochenen Verkehrskreise ausübt. "Ob eine Angabe unrichtig oder irreführend ist, beurteilt sich darnach, wie diejenigen sie verstehen, an die sie sich richtet"[292]. Methodisch ist dabei so vorzugehen, dass zunächst geprüft wird, an welche Verkehrskreise sich eine Werbung richtet. Sodann ist zu ermitteln, wie diese einen bestimmten Werbeinhalt verstehen; es ist also zu untersuchen, ob die angesprochenen Absatzpartner eine

287 Vgl. Luchterhand H.F., a.a.O., S. 209; Baumbach/Hefermehl, N. 67 ff. zu § 3 UWG, S. 778 ff.; vgl. zur Superlativreklame auch Bock H.-D., Die Grenzen der Superlativreklame im deutschen, schweizerischen, französischen und anglo-amerikanischen Recht, Köln 1963, S. 106 ff.; vgl. auch SJZ 1971, S. 128 ff. ("Einzig Drano").

288 Baumbach/Hefermehl, N. 67 zu § 3 UWG, S. 778; Troxler H., a.a.O., S. 29; Bock H.-D., a.a.O., S. 108.

289 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1088; Troxler H., a.a.O., S. 142.

290 Angaben über Alter, Grösse, Qualität, Umfang, Leistungsfähigkeit sind überprüfbar und werden deshalb in der Regel als ernst zu nehmende Aussagen aufgefasst. Sie dürfen also nur zur Anwendung gelangen, wenn sie der Wahrheit entsprechen (z.B. "ältestes Bankhaus am Platz"). Vgl. Luchterhand H.F., a.a.O., S. 210.

291 von Büren B., Kommentar, S. 71, 74 f.; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1088; Troxler H., a.a.O., S. 137; Schmid J.G., a.a.O., S. 69.

292 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1087.

Werbebotschaft als reine marktschreierische Übertreibung erkennen oder den Inhalt als Behauptung einer Spitzenleistung oder gar einer Alleinstellung auffassen. Wird die Werbung als ernst zu nehmende Aussage verstanden, ist schliesslich zu prüfen, ob dieser der Werbung zugesprochene Sinn der Wirklichkeit entspricht[293].

Die *Alleinstellungswerbung* kann im Bankengewerbe nur begrenzt zur Anwendung gelangen. Dies vor allem deshalb, weil die Kreditinstitute generell (von Ausnahmen abgesehen) über ein ausgeglichenes Sortiment verfügen und neue Marktleistungen sofort nachgeahmt werden[294], so dass (sortimentsbedingte) Alleinstellungen praktisch nicht bestehen. Immerhin können kurzfristig erreichte Marktvorsprünge mit neuen Leistungen (solange sie von den Konkurrenzinstituten noch nicht nachgeahmt wurden) werblich ausgenützt und zur Schaffung eines Meinungsmonopols verwendet werden.

Auch Werbeinhalte, die *blosse Übertreibungen* beinhalten, dürfen im Bankengewerbe nur mit allergrösster Zurückhaltung eingesetzt werden, denn die Bankkunden sind – im Gegensatz zu den Absatzpartnern anderer Wirtschaftszweige – solche Werbeformen im allgemeinen nicht gewöhnt. Hinzu kommt die fehlende Sachkenntnis des breiten Publikums, die dazu führt, dass an sich nicht nachprüfbare oder nichtssagende Äusserungen nicht als solche erkannt werden. Der Durchschnittsverbraucher, der eine Werbeaussage selten aufmerksam und kritisch liest, wird eine Übertreibung demnach eher für bare Münze nehmen als in einer andern Branche[295]. Auch in der Bankwerbung liegt ein gewisses Mass an Übertreibung sicherlich in der Natur der Sache. Da die Bankwerbung aber in besonderem Masse Wert darauf legt, ernst genommen zu werden (und vom Publikum auch ernst genommen wird), engt sich der Wirkungskreis marktschreierischer Ankündigungen stark ein[296]. Werden trotzdem Übertreibungen und Superlative gebraucht, so schliesst das Publikum zwar nicht ohne weiteres auf eine Alleinstellung. Im allgemeinen wird eine solche Aussage aber doch als Behauptung einer Spitzenstellung oder einer besonderen Leistung aufgefasst. Kann eine solche nicht beansprucht werden, ist eine derartige Äusserung zu unterlassen.

293 Vgl. Baumbach/Hefermehl, N. 30 zu § 3 UWG, S. 759 f.; unzulässig ist beispielsweise die Bezeichnung "Taxizentrale", wenn es sich nicht um eine Zusammenfassung von Betrieben oder um einen Grossbetrieb handelt, der dank seiner Organisation in der Lage ist, dem Verbraucher besonders günstige Bedingungen zu bieten (OG Solothurn vom 28. Juli 1970, SJZ 1972, S. 99). Vgl. auch BGE 100 Ib 29 ff. (Ecole Polytechnique); 102 IV 265 ("permanence dentaire").

294 Ähnlich: Luchterhand H.F., a.a.O., S. 211.

295 Anders, wenn sachkundige Marktsegmente (Unternehmungen, vermögende Privatkunden) bearbeitet werden. Diese Zielgruppen sind viel eher in der Lage, nicht ernst zu nehmende Aussagen als solche zu erkennen. Hier stellt sich das Problem aber kaum, da der Einsatz der Werbung schon aus werbepolitischen Überlegungen primär sachlich sein muss.

296 Vgl. Baumbach/Hefermehl, N. 75 zu § 3 UWG, S. 781.

c) *Anlehnende Werbung*

Schliesslich ist noch kurz auf eine weitere Erscheinungsform der vergleichenden Werbung, nämlich auf die anlehnende Werbung hinzuweisen, die grundsätzlich auch im Bankengewerbe Bedeutung erlangen kann. Bei dieser Form der Marktbearbeitung wird im Gegensatz zur bisher behandelten kritisierenden Bezugnahme *positiv* auf die Konkurrenzinstitute bzw. deren Leistungen hingewiesen. Die Qualität des eigenen Angebots soll also nicht durch Herabsetzung der Konkurrenzprodukte, sondern durch eine Gleichstellung mit ihnen bewiesen werden[297]. Der Anlehnung liegt die Absicht zugrunde, den Ruf der Konkurrenten oder deren Marktleistungen auszubeuten und für die eigenen Zwecke nutzbar zu machen. Dies geschieht in der Regel durch eine offene Bezugnahme auf die konkurrierenden Angebote mittels Wendungen wie beispielsweise "Typ", "Façon", "ebenso gut wie"[298]. Die Vorzüge der Mitbewerber werden als Vorspann für das eigene Angebot benutzt, also in die eigene Werbung integriert, damit sie auf die eigene Leistung ausstrahlen. Ein solches Vorgehen ist als parasitärer Wettbewerb zu bezeichnen, zielt es doch einzig und allein darauf ab, aus der von einem Mitbewerber durch erhebliche Absatzanstrengungen geschaffenen Marktstellung Vorteile zu ziehen[299]. Eine offene Anlehnung wird in der Regel keine Verwechslungsgefahr entstehen lassen, so dass dieser Sachverhalt durch keinen Spezialtatbestand erfasst wird. Die rechtliche Beurteilung dieser Werbeform hat sich demnach an den allgemeinen Grundsätzen der Generalklausel zu orientieren. Die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung ist demnach nicht allein unter dem Gesichtswinkel des Art. 1 Abs. 2 lit. a und b UWG zu prüfen. Vielmehr ist sie wie jede andere Wettbewerbshandlung umfassend im Lichte der Generalklausel zu würdigen. Das bedeutet konkret, dass grundsätzlich auch andere als unwahre, irreführende oder herabsetzende Inhalte geeignet sein können, die vergleichende Werbung als unlauter erscheinen zu lassen. Das trifft (wie das Bundesgericht jüngst ausdrücklich feststellte) dann zu, wenn der gute Ruf eines Mitbewerbers oder seines Erzeugnisses ausgebeutet wird[300].

Es ist zwar nicht grundsätzlich unlauter, ein fremdes Arbeitsergebnis (das nicht durch Sonderrechte geschützt wird) auszubeuten. Unlauter wird eine solche Handlung jedoch, wenn sie zu einer Störung der Funktion des Wettbewerbs führt[301]. Eine derartige Funktionsbeeinträchtigung ist im vorliegenden Fall gegeben, denn die Ausnutzung der fremden Qualitätsvorstellung zur Empfehlung der eigenen Leistung führt zu einer Fehlleitung und damit zu einer nicht optimal bedürfnisgerechten Befriedigung der Nachfrage, zu einer Verringerung der Markttransparenz

297 Vgl. dazu: Baumbach/Hefermehl, N. 429 ff. zu § 1 UWG, S. 599 ff.; von Büren B., Kommentar, S. 71, 50 f.; Troxler H., a.a.O., S. 160 ff.; Germann O.A., Zum Wettbewerbsgesetz, S. 225; derselbe, Zum Leistungsprinzip, S. 158 f.

298 BGE 50 II 201 (Vialersatz); 60 II 256 (Typ Bel Paese); 58 II 449 (kein Persil, aber gleich gut; Ersatz für Persil); 73 II 194.

299 von Büren B., Kommentar, S. 50.

300 BGE 102 II 292.

301 Vgl. auch Troxler H., a.a.O., S. 162.

und letztlich zum Verlust der Individualisierungsfunktion von Marken, Firmennamen und Werbeslogans. Folgerichtig hat die anlehnende Werbung als unlauter und demzufolge als unzulässig zu gelten, soweit sie in Ausnutzungsabsicht und ohne Notwendigkeit erfolgt[302]. Damit ist auch schon gesagt, dass diese Regel eine Ausnahme – nämlich die Anlehnung aus Notwendigkeit – kennt. So, wenn ein Markenbegriff zur allgemeinen Sachbezeichnung für ein bestimmtes Produkt geworden ist; ferner beim Absatz von Hilfsprodukten, die ohne Hinweis auf das Hauptprodukt nicht vermarktet werden könnten sowie im Ersatzteilgeschäft[303]. In all diesen Fällen darf der Ruf eines fremden Konkurrenten (soweit es sachlich geboten ist) in den Dienst des eigenen Absatzes gestellt werden, obwohl auch hier negative Auswirkungen (Schädigung des fremden Images) vorliegen. Eine gegenteilige Lösung hätte wesentlich tiefgreifendere Auswirkungen auf das Konkurrenzsystem zur Folge (völliger Wettbewerbsausschluss der Anbieter solcher Leistungen), so dass eine wertende Abwägung der Alternativen im Hinblick auf die Funktion des bestehenden Koordinationssystems der Marktwirtschaft zu diesem Ergebnis kommen muss.

9.5.3.2. Besondere Werbeformen

a) Sicherheitswerbung

Die Werbung mit der Sicherheit der Geldanlage bei einem Institut ist insofern problematisch als sie (tendenziell) die Sicherheitsgewähr anderer Institute herabsetzt[304]. Eine solche Herabsetzung ist nach den allgemeinen Grundsätzen zulässig, wenn sie auf objektiv richtigen Angaben beruht, nicht irreführend ist und nicht unnötig verletzt.

Hinweise auf sachlich zutreffende Fakten (Bilanzsumme, Eigenkapital, Mündelsicherheit, besondere Sicherheitsvorkehren) sind erlaubt. Sie dürfen aber nicht in einer Form dargeboten werden, die den Anschein erweckt, die Konkurrenzinstitute würden keine entsprechende Sicherheit bieten. Eine Werbung, die diesen Eindruck hervorruft, verstösst (angesichts der einheitlichen Sicherheitsvorschriften des BaG) als irreführende Aussage gegen das UWG. Das gilt auch für die Werbung mit der Staatsgarantie. Die Hervorhebung dieses Marktvorteils ist zwar statthaft; sie hat aber in sachlicher, zurückhaltender Form zu geschehen, da andernfalls das Publikum über die (an sich vorhandene) Sicherheit der übrigen Banken getäuscht wird[305]. Unpro-

302 BGE 72 II 380; 87 II 57; vgl. auch BGE 102 II 296; von Büren B., Kommentar, S. 56 f.; Troxler H., a.a.O., S. 162 f.; Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1065; Germann O.A., Festschrift Hug, S. 225.

303 von Büren B., Kommentar, S. 46 f.; BGE 64 II 109.

304 So etwa durch Aussagen wie: "Hier sparst Du sicher", "Bring Dein Geld zur X-Bank – dort ist es sicher", "Sicher sein – Bankverein".

305 Problematisch ist allerdings eine solche Werbung durch den Kantonalbankenverband, dem bekanntlich auch Institute ohne Staatsgarantie angehören.

blematisch ist die Sicherheitswerbung, die auf die Mitbewerber weder direkt noch indirekt Bezug nimmt, sondern schlicht den Vorteil des Banksparens (gegenüber dem Sparstrumpf) darstellt[306]. Aber auch die Gegenüberstellung verschiedener Anlageformen und die Herausstreichung der besonderen Sicherheit bestimmter Anlagen (z.B. Pfandbriefe, Spareinlagen) ist im allgemeinen nicht zu beanstanden, da nicht auf die Sicherheit einzelner Institute Bezug genommen wird, sondern abstrakte Marktleistungen verglichen werden. Dazu kommt, dass die Sortimente der Kreditinstitute so ausgeglichen sind, dass eine solche Gegenüberstellung an sich nicht sehr brisant ist. Immerhin sind auch hier Handlungsweisen denkbar, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen. Im allgemeinen erwartet der Kunde von einer werbemässigen Gegenüberstellung von Anlageformen (Wertpapiersparen – Banksparen) zwar keine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit einer abschliessenden Würdigung der einzelnen Komponenten. Der Vergleich darf deshalb durchaus subjektiv gefärbt sein. Trotzdem dürfen aber nicht nur einseitig die Vorteile der einen Angebotsvariante in den Vordergrund gestellt werden, soll die Werbung nicht zu einer Irreführung des Publikums führen. Überdies darf der an sich zulässige Systemvergleich nicht die unrichtige Vorstellung begründen, nur die werbende Bank würde die als besonders sicher herausgestellten Sortimentsteile anbieten.

b) Zinswerbung

Gegen die Werbung mit den Zinsen – oder allgemeiner ausgedrückt, mit den Preisen – ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Die Banken müssen, wie alle andern Wirtschaftsunternehmen, in der Lage sein, mit dieser bedeutungsvollen Angebotskomponente zu werben. Allerdings muss die Werbung den (bereits mehrfach erwähnten) Besonderheiten der Bank-Preispolitik Rechnung tragen.

Bei der "Preiswerbung" im *Aktivgeschäft* muss klar ersichtlich sein, auf welche Preisbezugsbasis die Berechnung abstellt. Eine blosse Angabe des Preiszählers sagt über die wahre Belastung nichts aus und führt (besonders, wenn fiktive Bemessungsgrundlagen gewählt werden) regelmässig zu einer Irreführung des Absatzpartners. Einzig wenn im Publikum klare Vorstellungen über die Preisbezugsbasis bestehen, kann auf deren Angabe verzichtet werden. Täuschend wäre etwa eine Angabe der Aktivzinsbelastung, die auf halb- oder vierteljährliche Perioden bezogen würde, sofern dies nicht unmissverständlich zum Ausdruck gebracht wird. Nicht zu beanstanden sind tabellarische Aufführungen und rechnerische Beispiele[307]. Bei Preisen, die sowohl Entgelte für den Kredit, als auch Amortisationen enthalten, muss eine klare Aufteilung möglich sein. Die Aktivzinswerbung darf sich zudem nicht auf die Zinse beschränken; vielmehr müssen auch die übrigen Preiselemente (Kommissionen, Provisionen, Spesen) erwähnt werden, um dem Kunden ein zutreffendes Bild der

306 Hier ist allenfalls zu beachten, dass ein Wettbewerbsverhältnis zu den Lebensversicherungsgesellschaften und zur Post (Postcheck) besteht.

307 Das Gleiche gilt für die Zinsertragsbeispiele im Passivgeschäft (z.B. bei Sparplänen).

Gesamtbelastung zu geben. Eine Werbung, die nur *eine* Preiskomponente enthält, ist im allgemeinen irreführend, da sie beim Kunden einen unrichtigen Eindruck über das zu bezahlende Entgelt hervorruft[308].

Im *Passivgeschäft* schliesst der Kunde normalerweise auf eine jährliche Verzinsung. Deshalb genügt es (sofern das Angebot diesen Erwartungen entspricht), wenn der Zinssatz (ohne Bezugsbasis) angegeben wird. Operiert das Kreditinstitut in diesem Geschäftsbereich mit der effektiven Verzinsung unter Einbezug der Zinseszinse, so muss es dies deutlich sagen, da andernfalls eine der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung hervorgerufen wird[309]. Das Kreditinstitut muss ferner Nettozinsen offerieren; allfällige Belastungen (Gebühren, Stempelabgaben etc.) müssen angegeben werden. Irreführend ist eine Zinswerbung aber auch, wenn sie durch die Aufmachung ein falsches Bild von der effektiven Höhe entstehen lässt. So beispielsweise, wenn der Text "von Jahr zu Jahr steigende Zinsen bis 10%" so gestaltet wird, dass die Zahl 10% sofort ins Auge springt, während der restliche Werbeinhalt erst bei genauem Studium der Botschaft wahrgenommen wird. Obwohl der beigefügte Text den Sachverhalt in diesem Beispiel deutlich macht, wird eine solche Zinswerbung in der Regel zu einer Täuschung des Publikums führen, darf von diesem doch keine allzu grosse Aufmerksamkeit erwartet werden.

Eine *vergleichende Darstellung* der Bankpreise ist zulässig, wenn sie objektiv richtig, nicht irreführend und nicht herabwürdigend ist. Behauptungen wie "wir zahlen höhere Zinsen" oder "beste Zinsen" verstossen also nicht gegen das UWG, wenn tatsächlich solche Zinse vergütet werden. Sind bestimmte Banken oder Bankengruppen (z.B. die Regionalbanken) durch die Marktverhältnisse gezwungen, etwas höhere Zinsen zu gewähren, so dürfen sie das in ihrer Werbung auch herausstreichen. Im allgemeinen werden diese Aussagen nicht als Alleinstellung, sondern als Behauptung einer Spitzenposition verstanden. Die mit solchen Inhalten werbende Bank muss also nicht die allerhöchsten Zinssätze aufweisen; sie muss aber Spitzensätze vergüten. Werden nur die allgemein üblichen Zinssätze gewährt, so ist eine derartige Werbung irreführend. Ebenfalls zu einer Täuschung des Publikums führt ein Verhalten, bei dem die in der Werbung herausgestrichene (an sich wahre) Zinsdifferenz durch höhere Spesen (oder schlechtere Qualität) wieder ausgeglichen wird. Nicht zu beanstanden sind tabellarische Gegenüberstellungen der einzelnen Preise der Konkurrenzinstitute.

c) Werbung mit Qualitätsmerkmalen

Beim Kaufentscheid des Bankkunden spielt nicht nur der Preis, sondern auch die Qualität einer Marktleistung eine ausschlaggebende Rolle. Es ist deshalb naheliegend, dass auch diese Elemente in der Bankwerbung angesprochen werden. Dabei entsteht namentlich die Gefahr, dass eine Diskrepanz zwischen der in Aussicht gestellten und der tatsächlich erbrachten Leistung entsteht, dass also die Absatzpart-

308 So auch Luchterhandt H.F., a.a.O., S. 201.
309 Luchterhandt H.F., a.a.O., S. 199.

ner über die Qualität des Angebots getäuscht werden. Die Werbung kann aber auch täuschend sein, wenn die versprochenen Vorteile tatsächlich erbracht werden. Denn nach allgemeiner Auffassung ist eine Irreführung auch dann gegeben, wenn Selbstverständlichkeiten so hervorgehoben werden, dass ein falscher Eindruck über das Verhältnis der angebotenen Marktleistung zu Konkurrenzprodukten oder andern Sortimentsteilen hervorgerufen wird[310]. So müsste etwa ein Werbeinhalt als irreführend charakterisiert werden, der bestimmte Leistungen als besonderen Service für die angesprochenen Kundengruppen herausstellt, wenn in Wahrheit diese Zusatz- oder Nebenleistung allen andern Personen (allenfalls mit geringen Variationen) auch geboten wird[311]. Die Werbung, mit der klar definierte Zielgruppen angesprochen werden, darf zwar alle Elemente der angebotenen Marktleistung erwähnen, sie darf diese aber nicht so hervorstreichen, dass der Eindruck gewonnen wird, es würden spezielle Konditionen oder weitere Zusatz- und Nebenleistungen gewährt, von denen andere Kundengruppen nicht profitieren können. Das Vorspiegeln eines solchen besonderen Vorteils ist irreführend und damit unlauter, obwohl die versprochene Leistung tatsächlich erbracht wird[312]. Die Beurteilung, ob ein Produktnutzen so angepriesen wird, dass der Eindruck entsteht, nur eine bestimmte Zielgruppe könne dieses Angebot in Anspruch nehmen, hat – hier wie überall im Wettbewerbsrecht – darauf abzustellen, wie der Durchschnittsadressat die Aussage versteht[313].

d) Werbung für Kleinkredite

Das UWG enthält in Art. 1 Abs. 2 lit. i und k spezielle Vorschriften über die Werbung für Abzahlungskäufe. Für Kleinkredite bestehen de lege lata (noch) keine besonderen Bestimmungen. Dies obwohl die beiden Kreditarten substituierbar sind. Die laufende Revision der Konsumkreditgesetzgebung soll diese Diskrepanz (durch Anpassung der bestehenden Vorschriften und durch Einfügung neuer Spezialtatbestände) beseitigen. Der Entwurf sieht in bezug auf Kleinkredite vor, dass in jeder Werbung (neben der werbenden Firma und der Kreditsumme) der maximal rückzahlbare Gesamtbetrag und die maximalen Kreditkosten (in Franken und Jahresprozenten) angegeben werden müssen. Durch diese Vorschrift wird die Markttransparenz gegenüber der heutigen Situation wesentlich erhöht. Denn die Kunden erhalten nunmehr die Möglichkeit, die tatsächliche Belastung zu erkennen und die Preise miteinander zu vergleichen.

Weitere Sonderbestimmungen sind auch de lege ferenda nicht vorgesehen. Dies obwohl die Kleinkreditwerbung allgemein als besonders lästig und aufdringlich angesehen wird und besondere Gefahren für den Konsumenten birgt. Die Gefahren

310 Baumbach/Hefermehl, N. 48 ff. zu § 3 UWG, insbesondere N. 52; Loewenheim U., Suggestivwerbung, S. 110; Luchterhandt H.F., a.a.O., S. 211.

311 So beispielsweise die Aussage: "Für Sie als Angehörige des X-Unternehmens führen wir Ihr Lohn- und Gehaltskonto kostenfrei", wenn diese Konten auch bei allen andern Kundengruppen gratis geführt werden. Vgl. Luchterhandt H.F., a.a.O., S. 211.

312 Luchterhandt H.F., a.a.O., S. 211.

313 Vgl. Troxler H., a.a.O., S. 143.

ergeben sich aus der gegenüber der allgemeinen Werbung wesentlich höheren Effizienz. Sie ist primär darauf zurückzuführen, dass hier die finanzielle Schranke, die einem Kaufentscheid entgegensteht, entfällt. Dadurch können vor allem labile Konsumenten veranlasst werden, ihre Bedürfnisse früher zu befriedigen, als dies aufgrund des individuellen Budgets eigentlich gerechtfertigt wäre.

Gegen diese potentielle Gefährdung kann auch die *Generalklausel* keinen Schutz bieten. Denn das UWG hat primär wettbewerbsrechtliche Relevanz. Sollen die Verbraucher aus sozialpolitischen Gründen gegen die negativen Auswirkungen einer überbordenden Werbung geschützt werden, dann muss der Gesetzgeber tätig werden[314]. Dies geschieht über den allgemeinen Schutz vor unanständigen, unsittlichen und funktionswidrigen Handlungen.

Funktionswidrig ist die Ausübung von *psychologischem Kaufzwang;* namentlich in der Form der aufdringlichen Belästigung (also des Anreissens). Da aber jeder Werbung eine gewisse "Anlockung" eigen ist, wird die Belästigung erst dann unzulässig, wenn sie derart aufdringlich ist, dass sie dem Marktbürger schlechthin nicht mehr zuzumuten wäre; oder wenn die Gefahr entstünde, dass eine Leistung nur deshalb nachgefragt würde, um der Belästigung zu entgehen[316]. Der zweite Fall, bei dem eine sachliche Prüfung der Angebotsvarianten verunmöglicht wird, ist vor allem beim Einsatz persönlicher Werbung anzutreffen (Telephonwerbung, Vertreterbesuch, Strassenwerbung). Die Werbung mit unpersönlichen Mitteln kann nur in Ausnahmefällen einen solchen Zwang ausüben. Hingegen kann auch unpersönliche Werbung zur unzumutbaren Belästigung werden. Dies vor allem dann, wenn sich der Adressat nicht gegen die Werbeimpulse abschirmen kann. Eine starke Häufung von Inseraten, die unaufgeforderte Zustellung von Prospektmaterial und von Werbebriefen kann allerdings nicht als unlauteres Anreissen gelten. Hier besteht allemal die Möglichkeit sich gegen die Werbung zu schützen. Anders könnte die Beurteilung allenfalls ausfallen, wenn Werbebriefe als persönliche Briefe getarnt würden, so dass der Empfänger verleitet würde, ihren Inhalt zu lesen[317].

Selbstverständlich ist die Kleinkreditwerbung auch dann unzulässig, wenn sie *unrichtige oder irreführende Angaben* enthält.

Unwahr ist die Kleinkreditwerbung beispielsweise dann, wenn sie dem Kunden weismachen möchte, die Inanspruchnahme sei wirtschaftlich günstig ("preiswert", "nur Fr. ..... Zins"). Irreführend (und zugleich herabsetzend) ist eine Werbung, die den Anschein erweckt, nur das werbende Institut behandle das Anliegen des Kunden "absolut diskret".

Die Aussagen "rasch-einfach" und "sofort Bargeld" sind nur zulässig, wenn sie vom Verbraucher als Systemvergleich (also als Vergleich mit andern Kreditarten) aufgefasst werden. Unzulässig wären sie, wenn sie den Eindruck vermitteln würden, die werbende Bank würde sich dadurch von andern Kleinkreditinstituten unter-

314 Kraft A., a.a.O., S. 235.
315 Vgl. dazu auch Knoepfel P., a.a.O., S. 55.
316 Baumbach/Hefermehl, N. 40 zu § 1 UWG, S. 381.
317 Baumbach/Hefermehl, N. 45 zu § 1 UWG, S. 384.

scheiden. Denn diese Merkmale treffen grundsätzlich bei allen Kleinkrediten zu.

Diese wenigen Beispiele zeigen, dass das UWG (auch ohne spezielle Tatbestände) durchaus in der Lage ist, den wichtigsten und häufigsten Auswüchsen zu begegnen. Nicht erfasst wird nach der geltenden Ordnung die wahre, nicht irreführende und nicht unnötig verletzende Werbung, die die Freiheit der Entscheidungsbildung der Konsumenten nicht unterläuft. Das UWG muss aber gar nicht alle (potentiellen) Gefahren beseitigen. Selbst wenn es der Werbung gelingt, den Verteidigungsgürtel des UWG zu durchbrechen, bestehen ja immer noch die Sicherungen des Kleinkreditgesetzes beim Vertragsschluss.

Bei der Kleinkreditwerbung zeigt sich deutlich, dass die *Durchsetzung der Lauterkeit des Wettbewerbs* nach der heutigen Konzeption fragwürdig ist. Die Konkurrenten tolerieren vielfach stillschweigend Verhaltensweisen, die die Grenze des wettbewerbsrechtlich Erlaubten überschritten haben. Aber auch die Verbraucher schrecken im allgemeinen vor gerichtlichen Schritten zurück, weil sie ihr Recht gar nicht kennen oder weil sie die Kosten und Risiken scheuen. Hier soll im Zuge der laufenden Revision der Konsumkreditgesetzgebung Abhilfe geschaffen werden. Und zwar durch die Erweiterung der Klage- und Strafantragsbefugnis bei Wettbewerbsverstössen auf (gesamtschweizerische und regionale) Konsumentenverbände[318]. Durch diese begrüssenswerte Neuerung erhalten die Konsumentenverbände eine umfassende Überwachungsaufgabe, die sich ganz allgemein läuternd auf das Wettbewerbsverhalten auswirken wird. Dies ganz besonders, wenn von der (bestehenden) Möglichkeit der Urteilsveröffentlichung Gebrauch gemacht wird (Art. 6 UWG).

e) Werbung mit Dienstleistungstests

Damit die Bedarfsbildung und -deckung möglichst rational erfolgen kann, benötigt der Marktbürger Informationen, die ihm eine hinreichende Marktübersicht verschaffen. Diesem Informationsbedürfnis kann die subjektiv gefärbte Wirtschaftswerbung nur beschränkt gerecht werden. Wohl wesentlichstes Element der dem Verbraucher zur Erhöhung seiner Markttransparenz zur Verfügung stehenden Informationen bilden deshalb die von neutralen Stellen durchgeführten und veröffentlichten Tests. Während im Konsumgüterbereich Warentests schon seit geraumer Zeit erfolgreich zur Verbraucherinformation eingesetzt werden, hat die Durchführung und Veröffentlichung von Dienstleistungstests (Ferienreisen, Versicherungen, Bankleistungen) erst in jüngster Zeit an Bedeutung gewonnen. Dies ist primär auf die mit der Prüfung von Dienstleistungen verbundenen besonderen Probleme zurückzuführen[319].

318 Die fragwürdige Begrenzung auf gesamtschweizerische Verbände des VE wurde fallengelassen.

319 Im Bankengewerbe steht der Tester einer Reihe von Besonderheiten gegenüber, denen bei der Testanlage Rechnung zu tragen ist. Insbesondere ist zu berücksichtigen: dass die Qualität von Dienstleistungen nicht im gleichen Ausmass mess- und vergleichbar ist wie im Konsumgüterbereich, sondern stark von subjektiven Einflüssen abhängt (grosse Bedeutung des Zusatznutzens); dass die Qualität einer Bankleistung nur beurteilt werden kann, wenn die langfristig angelegte Beziehung über längere Zeit beobachtet wird; dass eine Vielzahl von

In unserem Zusammenhang interessiert aber weniger die eigentliche Durchführung der Tests als vielmehr die Verwendung derselben in der Werbung[320]. Hier sind die Dienstleistungstests grundsätzlich nicht anders zu beurteilen als die Warentests. Für den Anbieter steht hier wie dort nicht die Erhöhung der Markttransparenz durch objektive Aussagen im Vordergrund; er verspricht sich von der Testwerbung vielmehr eine Steigerung der Glaubwürdigkeit seiner Angaben. Durch die Einbeziehung in die Werbung werden die Waren- und Dienstleistungstests in den Dienst der Absatzförderung gestellt. Hauptzweck der Veröffentlichung der Tests ist nicht die Erhöhung der Marktübersicht und damit die Leistung eines Beitrags zur optimalen Bedürfnisbefriedigung durch neutrale und objektive Aussagen, sondern die Anpreisung der eigenen Güter mit den im Test ermittelten und als günstig beurteilten Eigenschaften. Bei solchen subjektiv gefärbten "Gutachten" besteht stets die Gefahr, dass die Ergebnisse verfälscht und damit vom interessierten Publikum unrichtig verstanden werden. Tritt eine solche Täuschung tatsächlich ein, so werden Wettbewerber benachteiligt, Konsumenten fehlgeleitet, die Marktübersicht der Verbraucher weiter abgebaut und schliesslich das Vertrauen in die Testinstitute erschüttert. Eine derartige Verwendung von Testresultaten verstösst mit andern Worten in krasser Weise gegen das Wettbewerbsprinzip. Damit soll aber nicht gesagt werden, dass der Einsatz der Testwerbung per se gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstosse[321]. Im Gegenteil, es sind vielfache Verwendungsarten möglich, die keinerlei Fehlleitung der Nachfrage zur Folge haben. Veröffentlichungen über Werbemittel können ihrerseits sogar eine Verbreitung der Testresultate fördern und dadurch einen wertvollen Beitrag zur *Erhöhung der Markttransparenz* leisten. Problemlos ist beispielsweise eine Werbung mit Dienstleistungstests, die alle Resultate des Tests veröffentlicht oder bloss auf den Test hinweist, ohne auf die Ergebnisse im einzelnen einzutreten. Solche Publikationen sind unter dem Gesichtspunkt der Funktion der Marktwirtschaft ebenso zu begrüssen wie die Veröffentlichungen der Testinstitute. Das Problem besteht also darin, ein Abgrenzungskriterium zu finden, das erlaubt, lautere und unlautere Testwerbung auseinanderzuhalten.

Wird in der Werbung mit Dienstleistungstests direkt oder indirekt auf die Leistungen der Konkurrenzinstitute Bezug genommen, so ist sie ein Anwendungsfall der vergleichenden Werbung und demnach im gleichen Rahmen zulässig wie diese.

Angeboten der Kreditinstitute konkrete, auf den Einzelfall abgestimmte Problemlösungen sind, die nur schwerlich miteinander verglichen werden können; dass in der Regel nicht einzelne Angebotskomponenten nachgefragt werden, sondern je nach Problemstellung unterschiedliche Leistungsbündel. Diese nicht abschliessende Aufzählung von Eigenarten zeigt, dass der Durchführung von Tests im Bankengewerbe enge Grenzen gesetzt sind. Die Tests müssen sich meines Erachtens auf vergleichbare, standardisierte Leistungen des Massenbedarfs beschränken. Auch hier können aber in der Regel nur die Grundqualitäten und nicht die (im Dienstleistungssektor wesentlichen) Zusatznutzen miteinander verglichen werden.

320 Vgl. zur Durchführung von Tests Huber H.E., a.a.O., S. 105 ff.; Baumbach/Hefermehl, N. 347 ff. zu § 1 UWG, S. 553 ff.

321 Vgl. Heyden F., Vergleichender Warentest, SJZ 1968, S. 6.

Anders ausgedrückt: eine vergleichende Testwerbung (die den Normalfall darstellt) ist als unlauter einzustufen, wenn sie unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Aussagen enthält und dadurch einen Konkurrenten herabsetzt oder einen bestimmten Wettbewerber (in der Regel den Werbenden) begünstigt[322] [323]. Diese Kriterien sind grundsätzlich geeignet, eine wettbewerbsrechtlich zu begrüssende Testwerbung von einer solchen abzugrenzen, die negative Auswirkungen auf die Funktionstüchtigkeit des Wettbewerbs zeitigt. Denn eine Testwerbung, die wahre Angaben enthält, das Publikum nicht täuscht und überdies die Wettbewerber nicht unnötig verletzt, ist allemal geeignet, die Markttransparenz zu erhöhen und damit einen positiven Beitrag zur Funktion der Marktwirtschaft zu liefern. Nicht jede werbende Veröffentlichung von Testergebnissen muss indessen auf einen Mitbewerber oder dessen Leistung Bezug nehmen. Von den erwähnten, der vergleichenden Werbung entlehnten Abgrenzungskriterien ist aber auch nur eines (die unnötig verletzende Aussage) speziell auf diese zugeschnitten: Nur eine Aussage, die sich direkt oder indirekt auf die Mitbewerber oder deren Leistungen bezieht, kann verletzen. Die beiden andern Kriterien (Unrichtigkeit, Irreführung) können durchaus auch auf andere Testwerbungen angewendet werden.

Eine Fehlleitung des Auswahlentscheides des Konsumenten mittels *unrichtiger Angaben* liegt vor, wenn Werbeaussagen über Qualitätsmerkmale zu unrecht als aus dem Test stammend bezeichnet werden oder wenn Ergebnisse falsch wiedergegeben werden. Aber auch eine objektiv richtige Wiedergabe von Testresultaten kann gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen. So, wenn an sich richtige Testaussagen beim Adressaten *falsche Vorstellungen über das Ergebnis* hervorrufen, sei es weil richtige Teilresultate – aus dem Zusammenhang gerissen – einen ganz andern Informationsgehalt erhalten, sei es weil die Resultate durch die gesamte Aufmachung und Darbietung in ein "anderes Licht"gestellt werden. Eine solche Verfälschung ist insbesondere dann gegeben, wenn nur die positiven – und nicht auch die negativen – Ergebnisse veröffentlicht werden und damit der Eindruck einer insgesamt günstigen Beurteilung entsteht. Es besteht zwar weder ein wettbewerbsrechtlicher Zwang, negative Aussagen über die eigene Leistung zu machen, noch eine Verpflichtung zur Vollständigkeit. Werden aber positive Aussagen übernommen, so müssen auch ungünstigere, die für den Kaufentscheid des Konsumenten wichtig sind, dargelegt werden. Ein anderes Vorgehen müsste den Verbraucher über die Qualität des Angebots irreführen[324]. Die Veröffentlichung von Auszügen ist deshalb nur statthaft, wenn dadurch keine Irreführung des Publikums, insbesondere kein unrichtiger Gesamteindruck zu erwarten ist[325].

322 Vgl. Heyden F., a.a.O., S. 6; z.B.: Herabsetzung durch irreführende Wiedergabe von Testergebnissen in einer Hauszeitschrift (OG Zürich vom 25. Mai 1966, Schw. Mitt. 1969, S. 76).

323 Eine unnötige Verletzung wird bei der Veröffentlichung von Testresultaten nur in Ausnahmefällen (z.B. bei formalen Entgleisungen) gegeben sein, denn der Test selber muss sich auf sachliche Qualitätsmerkmale beschränken.

324 Fezer K.H., Testwerbung, GRUR 1976, S. 485.

325 Vgl. Baumbach/Hefermehl, N. 357 zu § 1 UWG, S. 557.

Werden lediglich die Ergebnisse, die die eigene Leistung betreffen, in die Werbung übernommen, so liegt im allgemeinen (auch wenn der Informationsgehalt wesentlich vermindert wird) keine Irreführung vor, da der Konsument umfassend über das Abschneiden des Werbeobjekts orientiert wird. Ein solches Vorgehen verstösst nur dann gegen Treu und Glauben, wenn Umstände hinzutreten, die geeignet sind, falsche Vorstellungen über das Abschneiden der eigenen Leistung im Verhältnis zu den Konkurrenzgütern hervorzurufen; wenn also zu unrecht der Eindruck erweckt wird, die Konkurrenzleistungen hätten weniger gut abgeschnitten.

Schliesslich fragt es sich, ob ein Test, den eine Bank selber durchgeführt hat, in der Werbung eingesetzt werden darf. BAUMBACH/HEFERMEHL scheinen dies mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit der absoluten Neutralität zu verneinen. M.E. ist dieser Sachverhalt mit den gleichen, oben erwähnten Kriterien zu beurteilen. Das heisst: Voraussetzung der Zulässigkeit solcher Testwerbungen ist sachliche Richtigkeit und der Hinweis auf den Testveranstalter. Das Publikum darf mit andern Worten nicht im Unklaren gelassen werden darüber, wer den Test effektiv durchgeführt hat. Fehlt ein solcher klarer und deutlicher Hinweis, so nehmen die Verbraucher nämlich unrichtigerweise an, der Test sei von einer neutralen Stelle durchgeführt worden. Das aber ist eine Irreführung, die die Wettbewerbswidrigkeit begründet. Sachliche Richtigkeit bedeutet, dass der Test nach den gleichen Kriterien durchgeführt wird, die auch von einer neutralen Stelle verlangt werden (Objektivität bei der Auswahl der zu bewertenden Leistungsmerkmale, rationale Beurteilung). Sachliche Richtigkeit bezieht sich aber auch auf die eigentliche Veröffentlichung. Unstatthaft ist es deshalb, einer vergleichenden Werbung den Anstrich grösserer Objektivität zu verleihen, indem auf einen (nicht wirklich durchgeführten) Test verwiesen wird. Die Publikation eines Tests hingegen, der an sich richtig und nicht irreführend ist und das Publikum über die Durchführung nicht im Unklaren lässt, kann nicht unzulässig sein. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Aussagen in einer an sich erlaubten vergleichenden Werbung nicht durch Tests untermauert werden dürften. Ein solches Verhalten ist nicht an sich wettbewerbswidrig. Das bedeutet, dass das Erfordernis der absoluten Neutralität des Testveranstalters – das BAUMBACH/HEFERMEHL verlangen[326] – relativiert werden muss.

f) Werbung mit der Furcht vor Inflation

Die Werbung enthält in der Regel neben informativen auch *suggestive Bestandteile.* Diese sind zwar geeignet, den Verbraucher von einer rein sachlichen objektiven Beurteilung der Qualität des Angebots abzuhalten. Trotzdem können gegen derartige, an Emotionen appellierende Werbeinhalte keine prinzipiellen wettbewerbsrechtlichen Vorbehalte ins Feld geführt werden; d.h. es verstösst nicht grundsätzlich gegen das UWG, wenn in der Marktbearbeitung Bedürfnisse und Triebe angesprochen

326 Baumbach/Hefermehl, N. 347 f. zu § 1 UWG, S. 553.

werden[327]. Allgemein kann zwar gesagt werden, dass der Markt seine Funktion nur erfüllen kann, wenn die Autonomie der Entscheidung gesichert ist. Die Werbung darf daher die Entscheidungsfreiheit der Umworbenen nicht beeinträchtigen. Das bedeutet aber nicht, dass sie sich auf informative Inhalte beschränken muss. Im Gegenteil, die Aufgabe, auf unvollkommenen Märkten für Transparenz zu sorgen, also dem Verbraucher die für den Entscheidungsprozess wesentlichen notwendigen Orientierungshilfen zu liefern, verlangt auch Hinweise auf Zusatznutzen, die im emotionalen Bereich angesiedelt sind, will doch der Konsument mit seinem Kauf nicht nur Grundbedürfnisse befriedigen. Die Appellwerbung wird indessen dort schädlich, wo der Konsument ihre Wirkung auf das Motivationsgefüge nicht mehr kritisch abschätzen und entsprechende Gegenkräfte mobilisieren kann; oder, wie MEYER-CORDING es ausdrückt, wenn der Druck auf den Kunden übermässig wird, d.h. dessen Urteil so stark trübt, dass eine freie Entscheidung behindert oder verunmöglicht wird[328]. Untersucht man die Wirkung der Appelle an das Unbewusste auf die Konsumentensouveränität, so wird deutlich, dass durchaus nicht alle dieser emotionalen Werbeimpulse den Entscheidungsprozess der Verbraucher ausser Kraft setzen[329]. Wird die Produktgestaltung und die Marktbearbeitung lediglich auf eine bestimmte bestehende Bedürfniskonstellation ausgerichtet, so wird die Willensbildung des Umworbenen nicht unterlaufen. Die Konsumentensouveränität bleibt bei einem solchen (der Marketingphilosophie entsprechenden) Vorgehen durchaus gewahrt. Anders wenn Appelle eingesetzt werden, die geeignet sind, verdrängte Triebe zu mobilisieren bzw. latente Bedürfnisse zu wecken und am Meinungsgut auszuformen. Gelingt es der Werbung, durch Appelle an das Unbewusste den Bedürfnisdruck zu erhöhen und die den Bedürfnissen beizuordnende Dringlichkeitsskala umzukrempeln, so gerät die für die Marktwirtschaft bedeutsame Konsumfreiheit in Gefahr. Trotzdem haben Vorkehren, die darauf gerichtet sind, die vom Individuum vorgenommene Gewichtung seiner Bedürfniskomplexe (Bedürfnishierarchie) abzuändern, nicht generell als unlauter zu gelten. Dies vor allem deshalb, "weil dem übergeordneten Gesichtspunkt der Rechtssicherheit angesichts des heutigen Standes der psychologischen Forschung in keiner Weise genügend Rechnung getragen werden könnte (mangelnde Tatbestandssicherheit)"[330]. Grundsätzlich kann zwar gesagt werden, dass ein Werbeappell, der den Motivationsprozess derart beeinflusst, dass keine Gegenkräfte mobilisiert werden können, gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstösst. Nur bereitet es eben Schwierigkeiten, den Kausalzusammenhang zwischen Werbeimpuls und Kaufentscheid eindeutig nachzuweisen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die einzelnen Appelle in der Wirklichkeit nicht unbe-

327 Andernfalls würde die Werbung als solche in Frage gestellt.

328 Meyer-Cording U., Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts, in JZ 1964, S. 273 ff. und 310 ff. insb. 313.

329 Schluep W.R., Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewusste, S. 373 ff.; a.M. offenbar NR Nanchen (Postulat vom 6. Juni 1973 betr. Täuschung durch Reklame, in SJZ 1973, S. 283).

330 Schluep W.R., Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewusste, S. 393.

dingt den von SCHLUEP herauskristallisierten Fallgruppen zugeordnet werden können; sie stellen vielmehr in den allermeisten Fällen Mischformen dar, was eine Beurteilung zusätzlich erschwert. Es gibt zwar Versuche, Abgrenzungskriterien zu entwickeln[331]. Diese können aber (angesichts der Vielschichtigkeit des Problems) höchstens Indizien zur Beurteilung des Einzelfalles liefern.

Als unlauter muss zweifellos der Einsatz von Appellen gelten, die von den Durchschnittsadressaten gar nicht erkannt werden. Dies ist denn auch der Grund, weshalb die *subliminale Werbung*, die nur unter der Bewusstseinsschwelle wahrgenommen werden kann, allgemein als eindeutiger Verstoss gegen die Grundsätze von Treu und Glauben bewertet wird[332]. Denn hier wird die Ausformung der Bedürfnisse am Produkt vorgenommen, ohne dass der Umworbene eine eigene, bewusste und damit rationale Bedarfsdeckungsentscheidung zu treffen in der Lage ist.

Die *Werbung mit der Furcht vor Inflation* ist ein Beispiel der an Gefühle appellierenden Werbung. Sie zielt darauf ab, durch Hervorstreichen einer bestehenden Gefahr das Bedürfnis nach (wirtschaftlicher) Sicherheit anzusprechen, um damit den Bedarf nach der angebotenen Problemlösung (Sachwerte) auszulösen. Nicht jede Werbung die auf einen Kaufkraftschwund hinweist, verstösst indessen gegen Treu und Glauben[333]. Es kommt vielmehr entscheidend darauf an, wie die Tatsache dem Absatzpartner vor Augen geführt wird. Ist der Hinweis auf die fortschreitende Geldentwertung Teil der Argumentation, mit dem der Vorzug der angebotenen Waren angepriesen wird, so ist dagegen im Prinzip nichts einzuwenden. Hier wird lediglich ein bestehendes (auch ohne Appell an das Unbewusste) für die Bedarfsdeckung relevantes Sicherheitsbedürfnis angesprochen. Die Entscheidungsfreiheit wird nicht in sachwidriger Weise eingeschränkt. Hingegen verstösst eine Werbung, die mit der Furcht vor der Inflation operiert, dann gegen das UWG, wenn versucht wird, eine Kaufpsychose hervorzurufen, Angstgefühle zu wecken oder bestehende Angstgefühle zu verstärken, so dass der Kaufentscheid allein unter dem Einfluss dieser Ängste und nicht mehr durch objektive Nutzenerwägung getroffen wird[334]. Denn hier besteht die Gefahr, dass der Verbraucher dem Sicherheitsbedürfnis (beeinflusst durch die Angstzustände) einen so hohen Stellenwert zuordnet, dass eine rationale Bedarfsdeckung verunmöglicht wird. Entscheidendes Gewicht ist der Gesamtgestaltung beizumessen. In der Verwendung von Ausdrücken wie "Preisexplosion", "Geldentwertung" allein ist noch keine Unlauterkeit zu sehen. Ihre Hervorhebung und die übrige Aufmachung kann jedoch geeignet sein, bei den angesprochenen Personen die erwähnten Ängste hervorzurufen[335]. Bei der Beurtei-

331 So versucht Loewenheim (Suggestivwerbung, S. 108) lautere und unlautere Appelle anhand der Intensität der Werbung (Mittel, mit denen auf die Psyche eingewirkt wird; inhaltliche Ausgestaltung) und der Zusammensetzung der Zielgruppe gegeneinander abzugrenzen.

332 Baumbach/Hefermehl, N. 129 zu § 1 UWG, S. 439; Loewenheim U., Suggestivwerbung, S. 108.

333 Baumbach/Hefermehl, N. 119 zu § 1 UWG, S. 431.

334 Girth P./Sack R., Die Werbung mit der Inflation, in Wettbewerb in Recht und Praxis 1974, S. 182; Baumbach/Hefermehl, N. 119 zu § 1 UWG, S. 431.

335 Girth P./Sack R., a.a.O., S. 182.

lung, ob ein Werbeinhalt geeignet ist, solche Angstzustände zu wecken, müssen auch die angepriesenen Werbeobjekte mitberücksichtigt werden. Wird für Grundstücke (bzw. für Hypothekarkredite) geworben, so wird eine Beeinflussung des Kaufentscheides kaum anzunehmen sein, da der Abschluss dieser Geschäfte an bestimmte Formvorschriften gebunden und zudem meist von längeren Verhandlungen begleitet ist. Ein Werbeinhalt, der die objektive Nutzenerwägung bei diesem Angebot unterlaufen will, muss deshalb eine Langzeitwirkung aufweisen, die in der Praxis kaum anzutreffen ist[336]. Hingegen kann eine Werbung mit Angstgefühlen durchaus den Kaufentscheid bei andern Sachwerten (Aktien, Immobilienfondzertifikaten, Gold) beeinflussen.

Die besondere Gefahr der Werbung mit der Furcht vor Inflation besteht darin, dass sie selbstinduzierend ist; das heisst sie kann – indem sie zu erwartende Preissteigerungen im Nachfrageplan der Verbraucher vorwegnimmt – weitere nachfrageinduzierte Preisschübe fördern oder gar auslösen. Preissteigerungen sind aber generell geeignet, die Funktionstüchtigkeit der Marktwirtschaft zu beeinträchtigen. Verliert das Geld infolge hoher Teuerungsraten seine Funktion als Wertmassstab, Tauschmittel und Wertaufbewahrungmittel, so kann der Wettbewerb (in einer auf Arbeitsteilung basierenden Wirtschaft) nicht mehr aufrechterhalten werden. Die Geldwertstabilität ist demnach eine fundamentale Voraussetzung für die Funktion der Konkurrenzwirtschaft. Wird sie durch einzelne Wettbewerbsmassnahmen in Frage gestellt, so greift der Lauterkeitsschutz ein. Denn das UWG ist – wie bereits verschiedentlich festgehalten wurde – wettbewerbspolitisch nicht neutral. Es ist vielmehr so auszulegen, dass die im Hinblick auf das angestrebte Koordinationssystem des Wettbewerbs beste Lösungsalternative resultiert. Wird damit im Reflex die Geld- und Kreditpolitik (der die Aufgabe der Sicherung des Geldwertes primär zukommt) unterstützt[337], so bedeutet dies keineswegs, dass das Wettbewerbsrecht – wie GODIN kritisiert – generell in den Dienst der Erhaltung der Neutralität des Geldes gestellt wird[338]. Das Wettbewerbsrecht würde sich für diese Aufgabe auch gar nicht eignen, denn es hat *einzelne Wettbewerbsmassnahmen* auf ihren Unlauterkeitsgehalt zu prüfen, während die Kreditpolitik globale volkswirtschaftliche Grössen zu steuern sucht. Bei der Werbung mit der Furcht vor Inflation kann das Wettbewerbsrecht aber eingreifen, weil hier (anders als bei der gewöhnlichen übertriebenen und marktschreierischen Werbung)[339] die einzelne Marketingmassnahme in der Lage ist, eine Wettbewerbsstörung hervorzurufen. Einschränkend ist aber zu sagen, dass das UWG nur eingreifen kann, wenn die Werbung mit der Furcht vor Inflation durch ihre Gesamtwirkung geeignet ist, den Teuerungsprozess zu beschleunigen.

336 Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 26. März 1974 ("Mensch sei Fuchs"), in GRUR 1975, S. 318.
337 Vgl. Girth P./Sack R., a.a.O., S. 183 f.
338 von Godin H., a.a.O., S. 142.
339 Soll aus kreditpolitischen Gründen die übertriebene, marktschreierische Werbung unterbunden werden, so muss eine andere gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Das Wettbewerbsrecht kann in diesen Fällen (selbst wenn Marktstörungen erwartet werden) nicht herangezogen werden.

Die Werbung mit der Furcht vor Inflation ist somit nicht nur unlauter, weil Angstzustände und Kaufpsychosen ausgelöst werden, die einen durch objektive Nutzenerwägung getroffenen Entscheid verunmöglichen, sondern auch deshalb, weil dadurch neue Inflationsschübe ausgelöst werden können, die das bestehende Wirtschaftssystem aushöhlen.

g) Werbung mit fremder Autorität

Der Einsatz fremder Autorität in der Werbung oder in der Verkaufsorganisation kann die Wahl- und Entscheidungsfreiheit des Umworbenen merklich beeinträchtigen. Er kann in vielen Fällen gar bewirken, dass objektive Leistungsvergleiche sachfremden Erwägungen Platz machen; anstelle einer Bewertung von Produktnutzen treten Überlegungen, die sich einzig und allein an der Stellung und Einflussmacht der eingesetzten Personen orientieren (z.B. Furcht vor Nachteilen). Dies ist der Grund, weshalb die deutsche Lehre und Rechtsprechung ein solches Vorgehen im allgemeinen als unlauter bezeichnen[340]. Das Problem der Effizienzerhöhung der Marketinganstrengungen mit Hilfe fremder "Autoritätspersonen" hat die schweizerische Doktrin und Praxis bisher noch nicht beschäftigt. Es liegt jedoch auf der Hand, dass eine entsprechende Wettbewerbshandlung auch in unserem Land als Verstoss gegen die Grundsätze von Treu und Glauben angesehen werden muss. Dies besonders, wenn Druck auf den Umworbenen ausgeübt wird, verstösst dies doch als nötigendes Verhalten gegen die anständigen Sitten und Gebräuche des Handels und des Gewerbes. Selbst wenn kein eigentlicher Druck ausgeübt wird, sind mit einem derartigen Geschäftsgebaren meist Auswirkungen verbunden, die gegen die moralischen Grundsätze im Umgang mit knappen Gütern verstossen und eine Fehlleitung der Nachfrage zur Folge haben (Irreführung über die Objektivität des Absatzhelfers). Aber auch unter funktionsorientierten Aspekten muss eine Beeinflussung, die nicht auf die angebotenen Leistungen abstellt, als suspekt erscheinen, denn sie ist letztlich geeignet, die Konsumentensouveränität und damit die Ausgleichsmechanismen des Marktes in Frage zu stellen und die Innovationsbereitschaft der Unternehmer zu lähmen.

Ob im Einzelfall ein *Kaufzwang* vorliegt, beurteilt sich nach dem Mass der Autoritätsabhängigkeit. Unbedingt erforderlich ist eine persönliche Beziehung zwischen dem Verbraucher und der Autoritätsperson, denn ohne diese kann Einflussmacht nicht ausgeübt werden[341]. Ist ein solches Verhältnis aber gegeben (z.B. zwischen Vorgesetzten und Untergebenen), so ist zur Begründung der Unlauterkeit nicht mehr erforderlich, dass auf die Umworbenen ein rechtlicher Kaufzwang ausgeübt

340 Baumbach/Hefermehl, N. 37 und N. 125 zu § 1 UWG, S. 379. 435; Reimer E./von Gamm O.F., Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 4. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1972, S. 220.

341 Bülow P., Der psychologische Kaufzwang, Frankfurter Diss., München 1972, S. 52.

oder vorgetäuscht wird[342]. Es genügt vielmehr ein irgendwie gearteter Druck, der darauf gerichtet ist, die Dienstleistung einer bestimmten Bank in Anspruch zu nehmen. Dies kann auch durch eine reine Empfehlung geschehen. Unnötig ist ferner, dass für den Fall einer Nichtbefolgung der Empfehlung ausdrücklich ein Nachteil in Aussicht gestellt wird. Es reicht schon, wenn ein solcher lediglich befürchtet wird, soll sich doch der Umworbene grundsätzlich frei und ohne irgendeine sachfremde Beeinflussung für die ihm richtig scheinende Leistung entscheiden können.

Stellen sich Personen, zu denen ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, in den Dienst einer fremden Werbung, so stellt dies nach Meinung von BAUMBACH/HEFERMEHL ein Funktionsmissbrauch dar, der vom Werbenden in wettbewerbswidriger Weise ausgenutzt wird[343]. Das ist denn auch der Grund, weshalb die Werbung mit Autoritätspersonen von der Literatur allgemein, und nicht bloss wenn ein tatsächlicher oder vermeintlicher Kaufzwang vorliegt, abgelehnt wird[344]. Denn auch ohne solchen Druck kann eine derartige Marktbearbeitung die Entscheidungsbildung wesentlich beeinträchtigen. So zum Beispiel, wenn Gefühle wie die Treue zur Organisation an die Stelle eines sachlichen Leistungsvergleichs treten. Eine andere Beurteilung rechtfertigt sich nach Ansicht von BAUMBACH/HEFERMEHL nur, wenn es zu den typischen Aufgaben der eingeschalteten Autoritätsperson gehört, ihre Untergebenen zu beraten[345]. Diese Beurteilung der Werbung mit fremder Autorität geht von der Annahme aus, dass eine solche Wettbewerbshandlung stets die Gefahr einer Beeinträchtigung der Kaufentscheidung mit sich bringe. Dies ist aber nicht unbedingt der Fall. Es sind im Gegenteil durchaus Situationen denkbar, die eine derartige Beeinflussung nicht erwarten lassen. Als Beispiel kann die Verteilung von Prospekten durch den Arbeitgeber angeführt werden, die für Leistungen werben, von denen der Umworbene weiss, dass ihre Inanspruchnahme nicht vom Arbeitgeber überprüft werden kann (z.B. Sparhefte). Das bedeutet aber nicht, dass in diesen Fällen der Einsatz von Autoritätspersonen als Absatzhelfer ohne weiteres zugelassen werden kann. Vielmehr ist hier im allgemeinen eine Täuschung der Untergebenen über den Aussagegehalt der Werbung zu befürchten. Die Umworbenen fassen die Angebote in der Regel als objektive Empfehlung ihrer Vorgesetzten auf, die sie in Wahrheit nicht sind. Damit wird zwar nicht die Entscheidung selbst beeinflusst. Doch werden die dem Entscheid vorangehenden Stufen der Willensbildung fehlgeleitet[346]. Das bedeutet, dass der Einsatz von Autoritätspersonen (zu denen eine enge persönliche Beziehung besteht) als Absatzhelfer nur in sehr engen Grenzen möglich ist. Nämlich dann, wenn weder eine unsachliche Beeinflussung noch eine Täuschung zu erwarten ist. Diese Einschränkung führt aber praktisch zu der

342 Unlauterer Wettbewerb läge etwa vor, wenn die Unterstellten (z.B. Beamte) verpflichtet würden, ein bestimmtes Kreditinstitut zu berücksichtigen. Vgl. Schricker H., a.a.O., S. 169.

343 Baumbach/Hefermehl, N. 37 zu § 1 UWG, S. 379.

344 Baumbach/Hefermehl, N. 37 zu § 1 UWG, S. 379; Reimer/von Gamm, a.a.O., S. 226.

345 Baumbach/Hefermehl, N. 37 zu § 1 UWG, S. 379.

346 Vgl. Bülow P., Der psychologische Kaufzwang, S. 53.

von BAUMBACH/HEFERMEHL angeführten Lösung, wonach eine solche Werbung grundsätzlich als wettbewerbswidrig zu erklären ist.

Der Kaufentscheid kann nicht nur durch die genannten Autoritätspersonen, sondern auch durch weitere Bezugspersonen, zu denen keine persönliche Bindungen bestehen, wesentlich beeinflusst werden. Vertraut der Verbraucher dem fachlichen Urteil eines in der Werbung eingesetzten *Meinungsführers,* und entschliesst er sich auf dessen Empfehlung hin ein Gut zu erwerben, so liegt zwar kein psychologischer Kaufzwang vor; trotzdem kann eine Werbung, welche mit Personen operiert, die einen gewissen Einfluss auf die Willensbildung der Umworbenen ausüben, unlautere Merkmale aufweisen. Im Vordergrund stehen Irreführungen des Publikums über die Aussage der Autoritätspersonen. Dabei kann der Umworbene sowohl über das tatsächlich Gesagte als auch über die Objektivität einer Aussage getäuscht werden. Von einer fachlichen Autorität (Wissenschaftler, Politiker etc.) erwartet das Publikum im allgemeinen (selbst in der bezahlten Absatzwerbung) eine objektive Aussage. Entsprechen diese Vorstellungen nicht der Wirklichkeit, werben also kompetente Fachleute, entgegen der Auffassung der Umworbenen, nicht sachlich und unbefangen, so liegt eine Irreführung und damit ein Verstoss gegen Treu und Glauben vor[347]. Als Täuschung erscheint ausserdem die Verwendung von (aus dem Zusammenhang gerissenen) Zitaten kompetenter Fachleute in der Absatzwerbung, wenn dadurch der falsche Anschein erweckt wird, die angeführten Personen hätten sich tatsächlich zu den in der Werbung angesprochenen Problemen oder Marktleistungen geäussert[348]. Wettbewerbsrechtlich unbedenklich ist es hingegen, wenn bekannte Sportler oder Filmstars in den Dienst der Bankwerbung gestellt werden. Hier ist keine Irreführung zu befürchten, da dem Publikum bekannt ist, dass diese Personen weder objektiv werben, noch über die entsprechenden Fachkenntnisse verfügen, um in Geldangelegenheiten als Autorität zu gelten.

Die *Werbung der öffentlichen Hand* (oder deren Organe) zugunsten eines staatlichen bzw. gemeindeeigenen Kreditinstituts muss im allgemeinen - aufgrund der besonderen Vertrauensstellung der Amtspersonen – als sehr wirkungsvoll eingestuft werden[349]. Wie aber bereits festgestellt wurde, darf einer öffentlich-rechtlichen Bank im Wettbewerb keinerlei Vorteil aus ihrer besonderen Stellung erwachsen. Sie darf deshalb nicht Träger staatlicher Autorität in den Dienst ihrer Werbung stellen oder als Absatzhelfer einsetzen. Denn dadurch könnte sie sich einen Wettbewerbsvorsprung sichern, der nicht in einer Leistung, sondern allein in ihrer Beziehung zur Staatsgewalt begründet ist[350]. Ein Geltendmachen dieses Vorteils im Wettbewerbskampf muss als sachfremd bezeichnet werden. Deshalb muss jede Werbung der öffentlichen Hand zugunsten einer öffentlich-rechtlichen Bank (auch ohne dass irgend

347 So auch Bülow P., Der psychologische Kaufzwang, S. 53.
348 Vgl. die von Girth/Sack (S. 181) angeführten Beispiele.
349 Dazu ausführlich Schricker H., a.a.O., S. 172 ff.; vgl. auch Luchterhandt H.F., a.a.O., S. 224 f.
350 Statthaft ist es selbstverständlich, wenn die Mitarbeiter einer öffentlich-rechtlichen Bank (auch wenn sie Beamtenstatus haben) für das betreffende Institut werben.

ein Druck ausgeübt wird) als eine unlautere Wettbewerbshandlung angesehen werden[351]. Unzulässig ist also die Werbung des Stadtpräsidenten oder der Verwaltung für eine gemeindeeigene Bank; ferner die Versendung von Werbeaufdrucken auf amtlichen Formularen. Statthaft ist hingegen ein Plakatanschlag in Amtsräumen, sofern diese Anschlagflächen nicht nur öffentlich-rechtlichen Instituten zur Verfügung gestellt werden.

Dass auch die öffentliche Hand keinen irgendwie gearteten Druck auf ihre Beamten und Angestellten ausüben darf, erscheint nach dem oben gesagten selbstverständlich. Darüber hinaus darf aber auch niemandem eine bevorzugte Behandlung im Verkehr mit Amtsstellen gewährt werden, wenn die Leistungen der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Anspruch genommen werden (z.B. Beschleunigung einer Baubewilligung, wenn ein Hypothekarkredit der Kantonalbank beansprucht wird). Der Abnehmer weiss in einem solchen Fall zwar, dass er die Marktleistung nicht beim öffentlichen Unternehmen nachfragen muss; er will sich aber unter Umständen die damit verbundenen Vorteile nicht entgehen lassen. Auch hier würde also eine subjektive Zwangslage ausgenutzt und die freie, sachliche Entscheidung erschwert oder gar verunmöglicht und damit Unlauterkeit begründet[352].

9.5.4. Verkaufsförderungsmassnahmen

9.5.4.1. Zugaben

Unter Zugaben im wettbewerbsrechtlichen Sinn versteht man wirtschaftlich selbständige Leistungen, die bei einem entgeltlichen Rechtsgeschäft ohne besondere Berechnung angeboten oder gewährt werden[353]. Zugaben sind (im Gegensatz zu Werbegeschenken) akzessorischer Natur. Das bedeutet, dass sie nur bedingt, also im Zusammenhang mit andern Marktleistungen erbracht werden. Diese Zusatzleistungen werden in der Regel ohne besonderes Entgelt erbracht; d.h. die Kosten werden bei der Kalkulation der Hauptleistung mitberücksichtigt. Darin liegt eine gewisse Gefahr der Irreführung, da der Kunde glaubt, eine Leistung unentgeltlich zu erhalten, während er in Tat und Wahrheit dafür bezahlt. Gegenstand einer Zugabe kann grundsätzlich jeder zuwendungsfähige Vorteil sein, der einen selbständigen wirtschaftlichen Wert hat (Ware oder Dienstleistung)[354]. Dabei spielt es für die juristische Begriffsbestimmung keine Rolle, ob die Zugabe branchenfremden Charakter hat oder nicht. Nicht als Zugaben gelten Bestandteile der Hauptleistung, wobei letztlich nicht objektive Merkmale, sondern subjektive Eindrücke der Absatzpartner

351 Schricker H., a.a.O., S. 172 ff.; Luchterhandt H.F., a.a.O., S. 224 f.
352 Schricker H., a.a.O., S. 171.
353 Pedretti R., a.a.O., S. 86; ähnlich Baumbach/Hefermehl, S. 1328; Meister J., Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zugabewesens, Zürcher Diss. 1954, S. 70 f.
354 Pedretti R., a.a.O., S. 85.

über den Charakter eines Leistungselements entscheiden[355]. Geht eine Leistung nicht über das hinaus, was der Käufer üblicherweise erwartet, so liegt keine Zugabe vor. Der Zugabecharakter fehlt auch bei Koppelungskäufen, bei denen verschiedene Marktleistungen (bedingt durch technische Eigenschaften bzw. durch den Willen des Anbieters) so miteinander verbunden sind, dass sie nur gemeinsam nachgefragt werden können.

Wie in andern Wirtschaftszweigen gehören Zugaben auch im Bankengewerbe zum gängigen absatzpolitischen Instrumentarium. Ihre Erscheinungsform ist überaus vielgestaltig. Sie reicht vom "Sparkässeli", das bei der Eröffnung eines Sparheftes abgegeben wird, über den zusätzlichen Versicherungsschutz, der mit einem Sparkonto verbunden wird, bis zu Prämien, die bei der Inanspruchnahme bestimmter Dienste überreicht werden. Aber auch die Beratung und Information muss als Zugabe betrachtet werden, sofern sie über das übliche Mass hinausgeht und mit einer bestimmten Bankleistung verbunden ist (z.B. rechtliche oder betriebswirtschaftliche Beratung einer Unternehmung, der ein Kredit eingeräumt wird).

Art. 20 UWG ermächtigt den Bundesrat, durch Verordnung Vorschriften gegen Missbräuche im Zugabewesen zu erlassen. Diese Bestimmung besagt zweierlei. Einmal fällt die Regelung des Zugabewesens in den Kompetenzbereich des Bundes. Auch wenn der Bundesrat bisher von seiner Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht hat und demnach keine Sondernormen bestehen, bleibt die Regelung der Zugaben doch bundesrechtlich. Ihre Beurteilung erfolgt also richtigerweise über die Generalklausel des UWG[356]. Den Kantonen bleibt lediglich die Kompetenz, gewerbepolizeiliche Vorschriften über dieses Rechtsgebiet zu erlassen, wobei sich diese im Rahmen des Bundesrechts zu halten haben (Art. 22 UWG)[357]. Sodann wird gesagt, dass sich eine allfällige Verordnung mit *Missbräuchen* des Zugabewesens zu befassen hätte. Das bedeutet, dass Zugaben grundsätzlich gestattet sind und nicht an sich als täuschende oder sonstwie gegen Treu und Glauben verstossende Massnahmen gelten[358].

Das Bundesgericht hat seinerseits im BGE 85 II 449 ausdrücklich festgehalten, dass eine geschickte Ausnutzung der Psychologie des Käufers dem Wettbewerber erlaubt sei, wenn er sich nicht irreführender oder sonstwie täuschender Mittel bediene. Dies auch dann, wenn dadurch ein künftiger Bedarf vorzeitig gedeckt werde. Damit stellt sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, Zugaben seien selbst dann statthaft, wenn von ihnen ein so starker Kaufimpuls ausgeht, dass die von den Verbrauchern aufgestellten Nachfragepläne über den Haufen geworfen werden. Hingegen sind nach Ansicht des Bundesgerichts Zugaben unlauter, die die Gefahr einer

355 Meister J., a.a.O., S. 56; von Büren B., Kommentar, S. 40.

356 Vgl. Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1100; von Büren B., Kommentar, S. 41, 244.

357 Eine Bestimmung des Neuenburger kantonalen Rechts, wonach ein Rabatt von mehr als 10% des Verkaufspreises unzulässig sei, wurde im BGE 82 IV 54 als bundesrechtswidrig erklärt, da eine solche absolute Grenze über die in Art. 22 UWG eingeräumte Kompetenz hinausgehe.

358 Vgl. Meister J., a.a.O., S. 86 ff., 110; zur deutschen Regelung des Zugabewesens statt vieler Baumbach/Hefermehl, S. 1328 ff.

Irreführung heraufbeschwören, also geeignet sind, das Urteil der Kunden zu verfälschen[359]. Eine solche Irreführung darf jedoch nicht ohne weiteres angenommen werden; denn die Zugabe wird (trotz der ihr spezifischen Beeinflussung) vom Wettbewerbsgesetz zugelassen. Auch eine besondere Attraktivität der Zugabe[360], die geeignet ist, die Aufmerksamkeit von der Hauptleistung abzulenken, genügt als solche nicht, um die Unlauterkeit zu begründen. Die Zusatzleistung kann (wie die Hauptleistung) Nutzen stiften, so dass eine Fehlleitung der Nachfrage nicht unbedingt erwartet werden muss. Selbst wenn wertvolle Zugaben vergeben werden, wird der Durchschnittsadressat dieser Marketingmassnahmen in der Regel den zu bezahlenden Preis vor Augen haben. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben wird deshalb im allgemeinen nur bejaht werden können, wenn die Zugabe geeignet ist, beim Adressaten falsche Vorstellungen über die Struktur des Angebots hervorzurufen; wenn der angesprochene Verbraucher etwa über die Höhe des zu entrichtenden Entgelts getäuscht wird. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Zugabe geeignet ist, den Eindruck einer unentgeltlichen Leistung zu wecken[361]. Zu weit geht sicher die Forderung von PEDRETTI, der verlangt, dass die Preisanteile von Zugabe und Hauptleistung unzweideutig aus der Preisberechnung ersichtlich sein müssen, da bei fehlender Möglichkeit des Preisvergleichs notwendigerweise eine Irreführung des Verbrauchers vorliege[362].

Neben der Irreführung sind weitere Merkmale denkbar, die eine Zugabe unlauter erscheinen lassen[363]. So müsste sicherlich eine Zugabe, die allein durch Gesetzes- oder Vertragsverletzungen ermöglicht wurde, gegen Treu und Glauben verstossen. Ist eine unentgeltliche Abgabe einer zusätzlichen Leistung nur durchführbar, weil diese unter Missachtung zwingender, auch für die übrigen Mitbewerber geltender Vorschriften beschafft wurde, so ist sie wettbewerbswidrig. Gleich zu beurteilen wäre ein Fall, bei dem das zusätzliche Angebot zwar nicht auf unredliche Art und Weise in den Verfügungsbereich des Wettbewerbers gelangt ist, die Abgabe einer solchen Leistung aber gegen gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen verstossen würde. In diesem Zusammenhang ist einmal mehr auf die Konkurrenzierungsrichtlinien der Bankiervereinigung hinzuweisen, die den Einsatz dieses Werbemittels beschränken[364].

Schliesslich ist nicht zu übersehen, dass die Vergabe von Zugaben eine ähnliche Zielsetzung verfolgt wie die Preisunterbietung; auch sie führt letztlich dazu, dass das nachgefragte Leistungspaket als preisgünstiger empfunden wird. Deshalb könnte der

359 So BGE 83 II 464 – allerdings ohne Begründung.

360 Vgl. BGE 83 II 464, wo sich das Bundesgericht bei der Beurteilung der Irreführung wohl fälschlicherweise von der Attraktivität der Zugabe leiten liess.

361 Meister J., a.a.O., S. 110.

362 Pedretti R., a.a.O., S. 100 f.

363 Vgl. Meister J., a.a.O., S. 110.

364 Hier ist indessen zu beachten, dass diese Richtlinien in verschiedenen Fällen von Zugaben sprechen und Werbegeschenke meinen. Einzig Ziff. 3 lit. d, die sämtliche Sondervergütungen über den Zins hinaus sowie die Bezahlung von Versicherungsprämien (bei Sparheften, die mit einer Versicherungspolice gekoppelt sind) untersagt, erfasst Zugaben im wettbewerbsrechtlichen Sinn.

übermässige Einsatz von Zugaben (so etwa durch überhöhte Prämien oder – v.a. im Geschäft mit Unternehmungen – durch stark ausgebaute Beratungsleistungen) dazu missbraucht werden, Mitbewerber vom Markt zu verdrängen. Vor allem Grossbanken könnten der Versuchung erliegen, die ihnen zur Verfügung stehende Beratungskapazität und die ausgebaute Infrastruktur dazu einzusetzen, die ihnen auf regionalen und lokalen Märkten gegenüberstehenden kleinen und mittleren Banken zu verdrängen. Ein solcher Zweck würde die Zugaben wettbewerbswidrig werden lassen. Das bedeutet nun aber keineswegs, dass Grossinstitute auf regionalen Märkten nicht (auch in grösserem Stil) Zugaben abgeben dürften, sofern damit nicht eine Irreführung des Publikums verbunden ist oder gegen bestehende Bindungen verstossen wird. Sie dürfen Zugaben aber nie mit der Zielsetzung einsetzen, Mitbewerber vom Markt auszuschliessen. Im Einzelfall wird die Beweisführung, dass ein solcher Zweck verfolgt wird, allerdings auf grösste Schwierigkeiten stossen, da (wie bei Preisunterbietungen) weder die Übertrumpfung des Konkurrenten noch seine Vernichtung, sondern einzig das Streben nach einem solchen Erfolg (also die gezielte Vorkehr) gegen Treu und Glauben verstösst[365].

9.5.4.2. Werbegeschenke und Warenproben

Die herrschende schweizerische Lehre steht auf dem Standpunkt, dass die von der Wertreklame ausgehende Beeinflussung – nicht anders als beim Einsatz anderer Werbemittel – wettbewerbseigen ist. Folgerichtig wird deshalb die *Verteilung von Werbegeschenken* grundsätzlich als zulässig betrachtet[366]. Auch wenn Werbegeschenke an sich nicht gegen das UWG verstossen, so sind doch Umstände denkbar, die eine Vergabe solcher Güter als unlautere Beeinflussung erscheinen lassen. Werbegeschenke sind – anders als die Zugaben – nicht akzessorischer Natur. Sie werden also ohne Inanspruchnahme der angebotenen Leistung abgegeben[367]. Daraus kann nicht geschlossen werden, solche unbedingt erbrachten Leistungen seien nicht geeignet, den Tatbestand des *psychologischen Kaufzwangs* zu erfüllen[368 369]. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ist vielmehr entscheidend, wie ein Werbegeschenk übergeben wird. Ein Nichtkunde, der von der Abgabe eines Werbegeschenkes am Bankschalter profitieren möchte, kann sich durchaus veranlasst fühlen (aus Verlegenheit oder um eine ihm peinlich erscheinende Situation zu überbrücken), eine der angebotenen Marktleistungen zu beanspruchen. Ein psychologischer Kaufzwang

365 Vgl. von Büren B., Kommentar, S. 58 f.
366 von Büren B., Kommentar, S. 37; derselbe, Die kostenlose Warenverteilung nach schweizerischem Recht, GRUR Int. 1958, S. 172 f.; Binder K.J., Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Werbegeschenken in der Schweiz, Basler Diss. 1962, S. 46 f.
367 Pedretti R., a.a.O., S. 95.
368 Vgl. dazu: Baumbach/Hefermehl, N. 55 zu § 1 UWG, S. 392 f.
369 Vgl. zum psychologischen Kaufzwang statt vieler: Bülow P., Der psychologische Kaufzwang, Frankfurter Diss., München 1972; Baumbach/Hefermehl, N. 39 ff. zu § 1 UWG, S. 380 ff.

entfällt hingegen im allgemeinen, wenn ein Werbegeschenk den bisherigen Kunden übergeben oder einem weiteren Kreis von Umworbenen durch die Post zugestellt wird. Eine moralische Kaufverpflichtung ist in diesen beiden Fällen nicht zu erwarten, sei es, weil das Geschenk als Anerkennung für die bewiesene Kundentreue aufgefasst wird; sei es, weil kein direkter persönlicher Kontakt besteht, der einen spontanen Kaufentschluss mit sich bringen könnte. Neben der Art der Übergabe darf auch der Wert eines Werbegeschenkes nicht ausser Acht gelassen werden. Denn es ist nicht zu übersehen, dass übertriebene Geschenke durchaus einen unsachlichen und ungewollten Kaufentscheid auslösen können. Selbst wenn wertvolle Geschenke nicht persönlich übergeben werden, besteht die Gefahr, dass der Beschenkte sich bei einer späteren Kontaktnahme verpflichtet fühlt, das Angebot ohne nähere Prüfung zu akzeptieren. Eine feste Wertgrenze, deren Überschreiten ein Geschenk als unlauter erscheinen lässt, kann allerdings nicht angegeben werden. Massgebend ist die von einem Geschenk ausgehende Wirkung auf die Umworbenen[370].

Unbedenklich sind kleine Gaben wie Aschenbecher, Taschenkalender, Kugelschreiber usw. Im Geschäft mit kommerziellen Kunden darf die Grenze höher angesetzt werden, lassen sich diese Kundenkreise bei ihrer Willensbildung doch viel weniger von Gefühlen leiten als die Kunden des Massengeschäfts. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das UWG selbst einen Spezialtatbestand enthält, der die Vergabe von Geschenken (im Geschäft mit Unternehmungen) einschränkt, nämlich die in Art. 1 Abs. 2 lit. e aufgeführte Angestelltenbestechung[371]. Hier ist ebensowenig wie bei den übrigen Werbegeschenken erforderlich, dass das Urteilsvermögen und die Willensbildung des Beschenkten tatsächlich tangiert werden. Es genügt vielmehr, dass die Gefahr einer solchen Beeinträchtigung durch die Vergabe bzw. das Inaussichtstellen von Geschenken geschaffen wird. Ob eine gewährte Vergünstigung dem Empfänger gebührt oder nicht, entscheidet die Verkehrssitte. Kleine Gelegenheitsgeschenke werden im allgemeinen als zulässig betrachtet[372].

Neben der Vergabe von Werbegeschenken ist auch die *unentgeltliche Verteilung von Warenproben und Originalwaren* grundsätzlich statthaft[373]. Allerdings sind auch hier Umstände denkbar, die eine entsprechende Handlung wettbewerbswidrig erscheinen lassen. BINDER erwähnt als Beispiel die Verteilung von Probepackungen, deren Inhalt eine bessere Qualität aufweist als die reguläre Marktleistung[374].

370 Zu beachten ist, dass Geschenke mit Werbeaufschriften in der Regel einen geringeren Wert aufweisen, da derartige Aufdrucke einen Gegenstand in den Augen des Publikums nicht unerheblich entwerten.

371 Dazu Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1096 f.; von Büren B., Kommentar, S. 152 ff.; Binder K.J., a.a.O., S. 50.

372 Troller A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 1097.

373 Das Gleiche gilt für die Verteilung von Gutscheinen zum kostenlosen Warenbezug mit der die gleichen absatzpolitischen Ziele verfolgt werden.

374 Binder K.J., a.a.O., S. 49.

Ein solches Vorgehen ist als eine Irreführung des Publikums über die eigene Leistung und damit als Verstoss gegen Art. 1 Abs. 2 lit. b UWG zu bewerten. Als Hauptproblem wird in diesem Zusammenhang in der Literatur aber meist die *Überschwemmung des Marktes* mit Warenproben gesehen[375]. Tatsächlich kann eine Massenverteilung von Originalwaren und Warenproben durch einen Anbieter (wenn sie in einem zeitlich und örtlich konzentrierten Umfang vorgenommen wird) zu einer temporären Marktsättigung führen und damit die Funktion des Wettbewerbs zeitweise ausser Kraft setzen. Eine derartige Handlung, die dem an sich Wettbewerbswilligen verunmöglicht, sich weiter um die Wette zu bewerben, verstösst als Behinderungswettbewerb gegen die Prinzipien des UWG[376].

"Originalwaren" werden jedoch im Bankengewerbe nicht zum Zweck der Erprobung eingesetzt, denn eine solche Prüfung, der von den Kreditinstituten angebotenen Leistungen, lässt sich schwerlich vorstellen. Sie dienen vielmehr als reine branchenbezogene Werbegeschenke (z.B. Geschenksparhefte, Münzen). Eine vorübergehende Deckung der Nachfrage ist nicht zu erwarten, da für diejenigen Bankleistungen, die sich als Geschenke eignen, ein unbeschränkter Bedarf vorhanden ist.

Die Konkurrenzierungsrichtlinien der Bankiervereinigung grenzen den Spielraum für den Einsatz des hier behandelten Werbemittels zusätzlich ein, wenn sie die Vergabe von Werbegeschenken an Nichtkunden generell untersagen[377] und diejenige an Kunden auf blosse Erinnerungsgeschenke beschränken. Einzig bei Jubiläen dürfen Erinnerungsgeschenke (in vernünftigen Grenzen) auf weitere Empfängerkreise (Behördemitglieder, Verbände, Vereine etc.) ausgedehnt werden. Die Vergabe von Ersteinlagen auf Spar-, Depositen- und Einlageheften wird auf Neugeborene beschränkt; sie darf den Betrag von Fr. 20.– nicht überschreiten.

VON BÜREN vertritt die Ansicht, Exzesse würden sich selbst korrigieren, da kein Unternehmen auf die Dauer seine Güter verschenken kann[378]. Dem ist in dieser globalen Form nicht zuzustimmen. Die Marktformenlehre zeigt deutlich, dass sich im Oligopol (das im Bankengewerbe ja vorherrscht) der Konkurrenzkampf vom Preiswettbewerb auf andere Marketinginstrumente verlagert, dort durchaus zu einem Vernichtungswettbewerb ausarten und schliesslich zur Aufhebung des Wettbewerbs führen kann. Aus diesem Grund darf die Gefahr der Überbordung, die bei der Vergabe von Werbegeschenken und der Gratisverteilung von Originalwaren besteht, bei der Beurteilung der Zulässigkeit dieser Wettbewerbshandlungen nicht ausser Acht gelassen werden. Vielmehr muss auch unter diesem Gesichtspunkt eine wertmässige Beschränkung der Werbegeschenke gefordert werden.

375 Baumbach/Hefermehl, N. 84 zu § 1 UWG, S. 411 f.; Hammer W.F., Die unentgeltliche Vergabe von Originalwaren, Eine Untersuchung der Zulässigkeit dieser Werbemethode nach § 1 UWG, der Zugabeverordnung und dem Rabattgesetz, Mainzer Diss. 1970, S. 100 f.

376 Binder K.J., a.a.O., S. 54 ff.; Hammer W.F., a.a.O., S. 96 ff.

377 Von dieser Regelung ausdrücklich ausgenommen werden Werbedrucksachen wie Fahrpläne, Kalender, Publikationen, Schriften etc.

378 von Büren B., Kommentar, S. 38 mit Hinweis auf einen unveröffentlichten Bericht der Zürcher Handelskammer vom 11. Oktober 1955.

9.5.4.3. Die Durchführung von Gewinnspielen

Gewinnspiele wie Preisausschreiben, Preisrätsel, Verlosungen zielen darauf ab, den Verkauf durch Appelle an den Spieltrieb zu fördern. Dadurch schaffen sie zwar eine gewisse Gefahr, dass eine Leistung nicht mehr allein ihrer Qualität wegen nachgefragt wird[379]. Trotzdem bestehen nach schweizerischer Rechtsauffassung keine grundsätzliche wettbewerbsrechtliche Bedenken gegen ihre Durchführung. Allerdings können auch hier – wie beim Einsatz aller andern Marketingmittel – Verhaltensweisen hinzutreten, welche solche Veranstaltungen als unlauter erscheinen lassen. Derartige Merkmale sind: der Verstoss gegen gesetzliche Vorschriften, die alle Wettbewerber binden; ferner die mit einem Gewinnspiel verbundene Irreführung des Publikums; schliesslich die Ausübung von rechtlichem und psychologischem Kaufzwang[380].

Vorerst verdient das Bundesgesetz über Lotterien und gewerbsmässige Wetten vom 8. Juni 1923 (Lotteriegesetz) Beachtung, das die *Durchführung von Lotterien* zu Wettbewerbszwecken generell untersagt. Verstösst ein Wettbewerber gegen dieses Gesetz, so hat er (neben den Strafmassnahmen des LG) wettbewerbsrechtliche Sanktionen zu gewärtigen. Denn bei der Veranstaltung einer Lotterie handelt es sich allemal um den Einsatz eines für alle verbotenen Mittels, das geeignet ist, dem Verletzer einen unrechtmässigen Wettbewerbsvorteil gegenüber den gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Ein Verstoss gegen das Lotteriegesetz zieht also auch die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit nach sich[381]. Wann eine Lotterie vorliegt, geht aus der Legaldefinition des Lotteriegesetzes (Art. 1 Abs. 2) hervor. Kennzeichnend sind zwei Merkmale: die Leistung eines *Einsatzes* und der *Zufall*. Die Durchführung eines Gewinnspiels, bei dem der Erwerb oder die Höhe eines vermögensrechtlichen Vorteils vom Zufall abhängt, verstösst also dann gegen das UWG, wenn die Teilnahme von der Leistung eines Einsatzes abhängig gemacht wird. Dem Einsatz gleichgestellt ist der Abschluss eines Rechtsgeschäftes. Eine Koppelung der Teilnahmeberechtigung mit der Inanspruchnahme der angebotenen Leistung macht ein Gewinnspiel (sofern der Zufall über den Gewinn entscheidet) zur Lotterie, deren Durchführung unlauter ist. Dies gilt selbst dann, wenn der Verbraucher den normalen Preis und keinen Zuschlag zu bezahlen hat. Der Lotteriecharakter wird durch den Einsatz als solchen und nicht durch den Überpreis begründet[382]. Die Verkoppelung der Teilnahme an einem Gewinnspiel mit dem Absatz von Gütern und Dienstleistungen führt aber nicht nur über den Rekurs auf das Lotteriegesetz zur Wettbewerbswidrigkeit. Vielmehr muss ein solcher *Kaufzwang* auch bei einer rein wettbewerbsrechtlichen Beurteilung als Verstoss gegen Treu und Glauben gewertet werden. Denn hier besteht tatsächlich die Gefahr, dass eine Leistung nicht

379 von Büren B., Kommentar, S. 43; Klein Ch., Die Ausnützung des Spieltriebes durch Veranstaltungen der Wirtschaftswerbung und ihre Zulässigkeit nach schweizerischem Recht, Zürcher Diss. 1970, S. 126 ff.

380 Vgl. Baumbach/Hefermehl, S. 418 ff.; Klein Ch., a.a.O., S. 135 ff.

381 BGE 98 IV 293; 99 IV 25 ff.

382 von Büren B., Kommentar, S. 43; BGE 62 II 49; 98 IV 293.

mehr aus sachlichen Erwägungen nachgefragt, sondern (unbesehen) in Anspruch genommen wird, um den (mit dem Angebot in keinem Zusammenhang stehenden) Spieltrieb zu befriedigen[383]. Der Einsatz derartiger Mittel widerspricht nicht nur dem Leistungsprinzip; er ist auch geeignet, dem Markt die Möglichkeit zu nehmen, eine bedürfnisgerechte Verteilung der Güter vorzunehmen.

Wettbewerbsrechtlich unbedenklich sind Preisausschreiben, deren Teilnahme von keinerlei Einsatz abhängig gemacht wird. Ihre Veranstaltung wird nur dann unlauter, wenn im Einzelfall besondere Umstände hinzutreten. Als solche Begleiterscheinung gilt ganz allgemein die Irreführung der Teilnehmer über die mit einem Gewinnspiel in Zusammenhang stehenden Bedingungen (Teilnahmemöglichkeit, Gewinnchancen)[384]. Eine derartige Täuschung kann beispielsweise bei der Koppelung des Teilnahmescheins mit einem Bestellformular gegeben sein. Hier kann das Publikum veranlasst werden, sich unrichtige Vorstellungen über das Kauferfordernis zu machen, wenn nicht deutlich darauf hingewiesen wird, dass kein rechtlicher Kaufzwang besteht[385].

Wettbewerbswidrig sind auch Gewinnspiele, bei denen zwar nicht die Teilnahme mit einem Kauf verbunden ist, bei denen aber die Lösung der Aufgabe oder die Kenntnisnahme der Resultate nur durch den Abschluss eines Rechtsgeschäftes möglich wird.

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang schliesslich das Problem des *psychologischen Kaufzwangs*. Das heisst Gewinnspiele sind unstatthaft, wenn Begleitumstände hinzutreten, die einen psychologischen oder moralischen Druck auf den Teilnehmer ausüben und dadurch einen sachlichen Kaufentscheid verunmöglichen. Eine solche Situation liegt vor, wenn der Konsument in irgendeiner Phase der Durchführung eines Gewinnspiels in eine seelische Zwangslage versetzt wird, die ihn veranlasst, anstandshalber ein Angebot in Anspruch zu nehmen, weil es ihm peinlich ist, an einem Spiel teilzunehmen, ohne eine Marktleistung des Veranstalters zu beanspruchen[386]. Der Kaufentscheid wird also nicht durch den Leistungsvergleich (der auch subjektive Merkmale berücksichtigen kann), sondern durch psychologischen Druck, der ausserhalb des angebotenen Gutes liegt, veranlasst oder zumindest entscheidend

383 Vgl. Baumbach/Hefermehl, N. 99 zu § 1 UWG, S. 419 f.; Klein Ch., a.a.O., S. 143 ff.; vgl. auch OG Zürich (SJZ 1964, S. 101 ff.), das einen Wettbewerbsverstoss bei der Verteilung der Teilnahmescheine mit der Ware annahm, obwohl diese daneben auch gratis erhältlich waren.
Das OG Luzern (SJZ 1969, S. 297 f.) verneinte, dass ein Preisausschreiben mit Bindung an einen *vorgängigen Kauf* von Waren unlauterer Wettbewerb sei. Vgl. auch OG Solothurn (ZbJV 1963, S. 469), das den Einsatzcharakter nur beim Abschluss eines *neuen* Rechtsgeschäfts bejahte; nicht aber bei einem früher abgeschlossenen.

384 Vgl. dazu Klein Ch., a.a.O., S. 161 ff.; BGE 89 IV 218, 82 IV 54.

385 "Massgebend dafür, ob ein Einsatz gefordert ist oder nicht, ist nicht die objektive Durchführung der Veranstaltung, sondern allein die subjektive Meinung des Teilnehmers" (David L., a.a.O., S. 203).

386 Klein Ch., a.a.O., S. 155; Müller C., Gewinnspiele und psychologischer Kaufzwang, GRUR 1973, S. 72 f.; derselbe, Psychologischer Kaufzwang und übertriebenes Anlocken bei Gewinnspielen, GRUR 1974, S. 381 ff.; Ohlgart D., Sales-promotion und unlauterer Wettbewerb, GRUR 1974, S. 694.

beeinflusst. Hier ist allerdings in Erinnerung zu rufen, dass nicht jede psychologische Einwirkung auf den Verbraucher unlauter ist. Im Gegenteil: ein gewisses Mass an derartigem Einfluss ist durchaus wettbewerbsimmanent. Unlauter wird eine Veranstaltung erst, "wenn der Druck so massiv ist, dass er – bei objektiver Betrachtung, aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung und der Umstände des Einzelfalls – geeignet ist, den durchschnittlichen Umworbenen so stark zu beeinflussen, dass er nicht umhin kann zu kaufen ..."[387]. Ein solch massiver Druck kann im Einzelfall gegeben sein, wenn der Bezug von Teilnahmescheinen von einem Anstehen vor dem Bankschalter abhängig gemacht wird; ferner dann, wenn die Aufgabenstellung so schwierig ist, dass eine Kontaktnahme mit dem Bankpersonal notwendig ist, um die Lösung zu erfragen; endlich wenn wertvolle Preise in der Bank abgeholt werden müssen oder wenn gar die Übergabe kostbarer Preise mit einem Verkaufsgespräch verbunden wird[388]. Muss die Bank aufgesucht werden, so wird der Verbraucher gezwungen, aus der Anonymität herauszutreten. Dies kann ihn, besonders bei Niederlassungen mit persönlicher Atmosphäre, veranlassen einen "Verlegenheitskauf" zu tätigen, denn es gehört – wie das LG Frankfurt festgestellt hat – schon ein gewisser Mut zu einem "sozial unangepassten" Auftreten[389]. Der Druck wird im allgemeinen stärker empfunden, wenn der betreffende Absatzpartner noch nicht Stammkunde ist. Gehört jemand zum Kundenkreis einer Bank, so wird er sich viel weniger schnell veranlasst fühlen, eine Leistung in Anspruch zu nehmen. Allerdings kann hier der Druck zu einem Verlegenheitskauf von den übrigen Kunden ausgehen. Die hinter dem Betreffenden am Schalter anstehenden Personen können es nämlich als Zumutung empfinden, wenn der Schalterbeamte mit Belanglosigkeiten aufgehalten wird, da sich dadurch ihre eigene Wartezeit verlängert. Das Gefühl der Peinlichkeit kann also durchaus auch einen Stammkunden veranlassen, das Abholen eines Teilnahmescheins mit der Abwicklung eines Geschäfts zu verbinden.

Die von der deutschen Lehre und Rechtsprechung vertretene Ansicht, wonach ein "übertriebenes Anlocken" (ohne weitergehenden Kaufzwang) zur Begründung der Unlauterkeit bereits genüge, ist abzulehnen[390]. Das Ziel, Aufmerksamkeit zu erregen und potentielle Absatzpartner mit dem eigenen Angebot zu konfrontieren, ist wettbewerbseigen. Werden dazu besonders hohe und wertvolle Preise eingesetzt, denen eine gewisse Anziehungswirkung sicher nicht abgesprochen werden kann, so ist darin noch kein wettbewerbswidriges Verhalten zu sehen, denn ein sachfremder Einfluss auf die effektive Kaufentscheidung wird damit allein nicht ausgeübt[391].

387 Klein Ch., a.a.O., S. 155.

388 In den beiden letztgenannten Fällen – bei denen der Gewinn persönlich übergeben wird – kommt ausserdem das Gefühl der Dankbarkeit hinzu.

389 Müller C., Gewinnspiele, S. 73.

390 Vgl. dazu Baumbach/Hefermehl, N. 107 ff. zu § 1 UWG, S. 425 f.; Ohlgart D., a.a.O., S. 694 f.; Müller C., Psychologischer Kaufzwang, S. 381 ff.; BGH in GRUR 1973, S. 474; BGH in GRUR 1974, S. 156.

391 Ähnlich Ohlgart D., a.a.O., S. 695; Hoth J., Übertriebenes Anlocken, GRUR 1974, S. 549.

9.5.5. Distribution

9.5.5.1. Der Einsatz von Aussendienstmitarbeitern

Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Aussendiensttätigkeit sind vorerst Vertreterbesuche, bei denen der Impuls vom Absatzpartner ausgeht und solche, die unerbeten erfolgen, auseinanderzuhalten. Im ersten Fall, bei dem der Kunde einen Besuch wünscht, muss das UWG im allgemeinen nicht eingreifen[392]. Denn hier ist der vielfach erwähnte Überrumpelungseffekt, der einer situationsgerechten Abwehr entgegensteht, nicht gegeben[393]. Einzig die Art und Weise der Durchführung der Akquisition kann bei einer solchen Fallgestaltung gegen das Wettbewerbsrecht verstossen. Gleich zu beurteilen ist der Fall, bei dem sich der Absatzpartner zum voraus (z.B. bei der telephonischen Anmeldung) ausdrücklich mit einem Besuch einverstanden erklärt.

Die herrschende Lehre und die Praxis halten auch den *unbestellten Vertreterbesuch* als grundsätzlich zulässig[394]. Einzig VÖLP bezeichnet diese Absatzform als wettbewerbswidrig, da ein solches Eindringen in die Privatsphäre eine unzumutbare Belästigung darstelle und den Kaufentscheid in unzulässiger Weise beeinflusse[395]. Würde aus Art. 1 ein allgemeines Verbot des unbestellten Vertreterbesuchs abgeleitet, so würde damit nicht nur der Einsatz eines absatzpolitischen Instrumentes, sondern die Ausübung eines Gewerbes (Hausierhandel) unterbunden. Dies jedoch wäre mit der freien Konkurrenzwirtschaft, die das UWG verwirklichen helfen soll, nicht zu vereinbaren[396]. Im übrigen könnte ein solch gravierender Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit auch aus Grunden der Verhältnismässigkeit nur zugelassen werden, wenn dies zum Schutz der öffentlichen Ordnung unerlässlich wäre, d.h. wenn diese Art der privaten Erwerbstätigkeit eine schwere Gefahr für die Integrität des Einzelnen darstellen würde, der mit andern, weniger weit gehenden Mitteln nicht begegnet werden kann[397]. Eine solche Gefahr ist aber im allgemeinen nicht gegeben, kann doch der umworbene Kunde letztlich selbst entscheiden, ob er einen Vertreter empfangen will. Er hat gar die Möglichkeit, seinen Willen durch einen Hinweis an der Haustür (Betteln und Hausieren verboten) kundzutun, um so die Belästigung zum vornherein abzuwehren[398]. Kann gegen den Vertreterbesuch grundsätzlich nichts eingewendet werden, so steht auch dem Einsatz des Aussendienstes im Bankengewerbe (unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts) nichts entgegen.

392 Anders, wenn die Einladung durch eine Täuschung erschlichen wird.
393 Vgl. Bülow P., Der psychologische Kaufzwang, S. 49; Baumbach/Hefermehl, N. 128 zu § 1 UWG, S. 438; Reimer/von Gamm, S. 226.
394 Baumbach/Hefermehl, N. 50 zu § 1 UWG, S. 387 f.; Reimer/von Gamm, S. 226; Bülow P., Der psychologische Kaufzwang, S. 49; von Büren B., Kommentar, S. 45 N. 20.
395 Völp F., Ist der Verkauf an der Haustür generell wettbewerbswidrig, in WPR 1973, S. 63 ff.
396 Ähnlich Lehmann M., Ist der unbestellte Vertreterbesuch gemäss § 1 UWG sittenwidrig?, GRUR 1974, S. 136.
397 Lehmann M., Der unbestellte Vertreterbesuch, S. 136; BGE 102 II 287.
398 Vgl. Lehmann M., Der unbestellte Vertreterbesuch, S. 138; Baumbach/Hefermehl, N. 50 zu § 1 UWG, S. 387.

Unlauter wird diese Absatzform erst, wenn ihre Durchführung gegen Treu und Glauben verstösst. Hier sind zwei Problemkreise auseinanderzuhalten: die Art und Weise der Kontaktaufnahme und das Verhalten während des Besuchs.

Bei der *Kontaktaufnahme* müssen generell alle diejenigen Verhaltensweisen als unlauter gelten, die geeignet sind, den freien Entschluss, den Aussendienstmitarbeiter zu empfangen, zu unterlaufen (z.B. Anwendung von Gewalt, Erschleichen des Zutritts). So hat der deutsche BGH richtig festgehalten, dass es anreisserisch sei, einen Vertreter einzusetzen, wenn der Absatzpartner lediglich Prospekte angefordert habe, um das Angebot unbeeinflusst zu prüfen[399]. Denn das Wissen, dass mit der Bestellung der Prospekte der Besuch ausgelöst wurde, könne den Entscheidungsspielraum des Verbrauchers einengen und einer situationsgerechten Abwehr entgegenstehen. Der Umworbene wird sich kaum je entschliessen können, einen Vertreter abzuweisen, der seinetwegen eine solche Mühe auf sich genommen hat. Damit wird der Hausbesuch aber nach Ansicht des BGH auf unlautere Weise erschlichen[400]. Eine etwas andere Linie vertritt das schweizerische Bundesgericht in seiner neuesten Rechtsprechung: Seiner Meinung nach ist ein unbestellter Vertreterbesuch auch dann zulässig, wenn in der Werbung bloss Informationsmaterial in Aussicht gestellt worden ist. Auch das Bundesgericht sieht zwar ein, dass unangemeldete Besuche (wie überhaupt Bemühungen von Vertretern, mit Kunden Verhandlungen aufzunehmen oder Verträge abzuschliessen) gegen Treu und Glauben verstossen können, "wenn Vertreter sich dabei aufdringlich gebärden, arglose Kunden durch Überraschung für Geschäfte zu gewinnen oder sie sonst in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise zu beeinflussen suchen"[401]. Ebenso räumt es ein, dass der Besuch unlauter sei, wenn der unbefangene Durchschnittsleser den Werbetext so versteht, dass nur mit schriftlichen Informationen gerechnet werden muss. Weiter unten wird aber ausgeführt, dass bei allgemeinen Wendungen der Kunde sich auf einen Besuch gefasst machen müsse. Von dieser Einschätzung der Erwartungen der Kunden wird dann folgerichtig auf eine praktisch allgemeine Zulässigkeit der beschriebenen Kontaktaufnahme geschlossen.

"Durften die Interessenten sich ... aber nicht darauf verlassen, zunächst bloss schriftliche Informationen zu erhalten, so verstiess der Beklagte nicht gegen berechtigte Erwartungen, wenn er sie auf ihre Meldung hin durch einen Vertreter aufsuchen liess"[402]. Durch diese weite Interpretation dessen, was der Kunde an Informationen zu erwarten hat, verbaut sich das Bundesgericht die Möglichkeit, die in Frage stehende Art der Kontaktaufnahme – die in der Tat geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit zu beeinträchtigen – auf ihre Lauterkeit zu prüfen.

Die Konkurrenzierungsrichtlinien der Bankiervereinigung lassen den Vertreterbesuch ihrerseits nur in zwei Fällen zu: wenn er auf Wunsch des Absatzpartners

399 BGH in GRUR 1968, S. 648 f.
400 Vgl. Baumbach/Hefermehl, N. 50 zu § 1 UWG, S. 388.
401 BGE 102 II 287.
402 BGE 102 II 289.

oder im Rahmen einer Geschäftsbeziehung erfolgt. Damit wird der durch das Wettbewerbsrecht eingeräumte Handlungsspielraum, der den Kundenbesuch generell umfasst, einmal mehr durch die brancheninternen Richtlinien eingeschränkt. Dass der Einsatz (auch unbestellter) Vertreter *bei Bankkunden* zugelassen werden muss, sofern nicht deren ausdrücklicher Wille einem Besuch entgegensteht, ist selbstverständlich. Es gehört zum Wesen der Bankbeziehung, dass der Kunde (zu dem eine längerfristig angelegte Verbindung besteht) über längere Zeitspannen hinweg beraten wird. Anders ausgedrückt: Mit dem "Verkauf" der Bankleistung ist es nicht getan; das beanspruchte Leistungsbündel muss vielmehr immer wieder auf seine Fähigkeit, die sich wandelnden Bedürfnisse zu befriedigen, überprüft werden. Damit steht die Betreuung durch Aussendienstmitarbeiter auch im Interesse der Kunden selbst.

Während des Verkaufsgesprächs besteht die Gefahr, dass der Kunde zur Inanspruchnahme von Leistungen überredet wird, die er eigentlich gar nicht zu beanspruchen wünscht. Diese Gefahr erscheint besonders gross, wenn man bedenkt, dass die motivations- und kommunikationspsychologischen Methoden im häuslichen Bereich den grössten Erfolg versprechen. Ausserdem entfällt in den vier Wänden die Kontrolle durch Dritte. Diese Gründe haben VÖLP veranlasst, das System des Direktvertriebs generell als sittenwidrig zu bezeichnen[403]. In der Tat besteht die Hauptschwierigkeit der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Direktvertriebs in der Abgrenzung der zulässigen, wettbewerbseigenen Beeinflussung vom verpönten psychologischen Kaufzwang. Allgemein lässt sich sagen, dass jede Form der Marktbearbeitung darauf abzielt, den umworbenen Absatzpartner zur Inanspruchnahme der angebotenen Leistungen zu bewegen. Ohne eine solche Beeinflussung kommt die Marktwirtschaft, die den Wettbewerb zu ihrem Ordnungsprinzip gemacht hat, nicht aus[404]. Die Einwirkung auf den Marktbürger ist demnach wettbewerbseigen und keineswegs unlauter. Der Aussendienstmitarbeiter der Bank darf deshalb sämtliche Verkaufsargumente und -appelle vorbringen, die den Entscheid zugunsten der angebotenen Leistungen beeinflussen könnten; er darf den Nutzen seines Angebots beschreiben und dieses im besten Licht erscheinen lassen. Er muss sich dabei nicht auf den Grundnutzen beschränken; er kann auch den Zusatz- und Nebennutzen in den Vordergrund stellen. Unzulässig ist hingegen jedes Verhalten, durch das die Entscheidungsfreiheit des Absatzpartners beeinträchtigt oder aufgehoben wird[405]. Jede Art des psychologischen Kaufzwangs, durch den der Kunde gegen seinen Willen zum Abschluss eines Geschäfts bestimmt wird, ist wettbewerbsfremd und verstösst gegen die Generalklausel des UWG[406]. Unlauter ist somit auch das sog. Anreissen, d.h. der Versuch, den Kunden durch Aufdringlichkeit und unzumutbare Belästigung zu beeinflussen[407]. Ein anreisserisches Verhalten, das darauf abzielt, den Kunden zur Inanspruchnahme von Leistungen zu bewegen, um der aufdringlichen Belästigung durch den Vertreter zu entgehen, verstösst in krasser Weise gegen den Zweck

403 Völp F., a.a.O., S. 67.
404 Vgl. Baumbach/Hefermehl, N. 40 zu § 1 UWG, S. 381.
405 Vgl. Lehmann M., Der unbestellte Vertreterbesuch, S. 140.
406 von Büren B., Kommentar, S. 45; Baumbach/Hefermehl, N. 39 zu § 1 UWG, S. 380.
407 von Büren B., Kommentar, S. 45; Baumbach/Hefermehl, N. 40 zu § 1 UWG, S. 381.

der Marktwirtschaft, dem Bürger auch im Umgang mit knappen Ressourcen ein menschenwürdiges Dasein zu sichern[408]. Darüber hinaus ist eine Belästigung auch mit den anständigen Gebräuchen des Handels oder des Gewerbes nicht zu vereinbaren. Das heisst, der Aussendienstmitarbeiter muss sich Zurückhaltung auferlegen, so dass dem Umworbenen eine sachliche Prüfung ermöglicht wird. Das gilt selbstverständlich auch für den Vertreter, der auf Veranlassung des Absatzpartners erscheint.

9.5.5.2. Telephonwerbung

In seinem Urteil vom 19.6.1970 hat der deutsche BGH jegliche Werbung mit unaufgeforderten Telephonanrufen als unlauter erklärt, weil hierin eine nicht mehr erträgliche *Belästigung* des Publikums zu sehen sei[409]. Diese sog. Telephonwerbung hat in der Schweiz bisher noch zu keinen Diskussionen Anlass gegeben. Sie könnte aber durchaus in absehbarer Zeit auch in unserem Land aktuell werden und eine gerichtliche Beurteilung erfordern. Die Telephonwerbung ist keine Werbung im eigentlichen Sinn, es handelt sich dabei vielmehr um eine neuartige Distributionsform, bei der Marktleistungen über das Telephonnetz abgesetzt werden sollen[410]. Gerade im Bankengewerbe bietet sich die Telephonwerbung als brauchbarer Ersatz für die durch die Konkurrenzierungsrichtlinien untersagten Vertreterbesuche bei Nichtkunden an. Es soll deshalb untersucht werden, ob ein entsprechender Sachverhalt mit den Bestimmungen des UWG zu vereinbaren wäre.

Für die rechtliche Behandlung können verschiedene Fallgruppen unterschieden werden: Anrufe bei privaten Nichtkunden; Ansprechen gewerblicher Nichtkunden; Telephonwerbung innerhalb einer bestehenden Geschäftsverbindung.

Der *private Nichtkunde* kann sich im allgemeinen nicht mit den im UWG vorgesehenen rechtlichen Möglichkeiten gegen die telephonische Bearbeitung wehren. Denn solange er nicht in seinen wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt ist, fehlt seine Aktivlegitimation. Mit andern Worten: wenn die Telephonwerbung nicht zu einem für den Konsumenten ungünstigen Geschäftsabschluss führt, ist der Kunde nicht klageberechtigt. Ein solcher ungünstiger Geschäftsabschluss und damit eine Schädigung wirtschaftlicher Interessen ist aber in der Regel nur zu befürchten, wenn zur Telephonwerbung ein zusätzliches Verhalten hinzukommt, das gegen Treu und Glauben verstösst (z.B. Irreführung, psychologischer Kaufzwang etc.). In einer Kontaktaufnahme mit privaten Nichtkunden, zu denen keine Beziehung besteht, liegt hingegen eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts, wird doch in die Privatsphäre der Einzelperson eingegriffen, die als absolute Rechtsposition durch Art. 28 ZGB geschützt wird. Die persönlichen Schutzgüter, die den Bedrohungsformen der Persönlichkeit entsprechen, umfassen auch die freie und ungestörte Entfaltung und das

408 Schluep W.R., Kritik, S. 250.

409 BGH in GRUR 1970, S. 523; BGHZ 54, S. 188 ff., ebenfalls als unzulässig hat der BGH die Telexwerbung erklärt (BGH in GRUR 1973, S. 210).

410 Vgl. Cramer J., Marketing bei Banken, S. 34 f.

Recht auf Ruhe und Zurückgezogenheit[411], die durch unerwünschte Telephonanrufe – gegen die man sich nicht zum vornherein zur Wehr setzen kann – gestört werden. Ein unbefugtes Eindringen in die Schutzzone berechtigt den Verletzten, die in Art. 28 ZGB vorgesehenen Klagen anzustrengen. Die Widerrechtlichkeit liegt im Anruf selbst; ein an sich höfliches und zurückhaltendes Verhalten ändert an der prinzipiellen Unzulässigkeit nichts. Der Anspruch der Marktbürger auf Ruhe und ungestörte Entfaltung ist gegenüber der ungehinderten wirtschaftlichen Betätigung vor allem deshalb höher einzuschätzen, weil dem Anbieter andere ebenso wirkungsvolle Kontaktmöglichkeiten (Briefe, Vertreter) offenbleiben. Seine Aktionsfreiheit wird durch den Ausschluss der Telephonwerbung (obwohl diese ein sehr effektives Mittel darstellt) nicht entscheidend beeinträchtigt.

Durch die Installation eines Telephons und die Eintragung ins Telephonbuch setzt sich der Konsument zwar bewusst der Gefahr aus, in seinem Lebenskreis durch Anrufe gestört zu werden. Darin kann aber keine Einwilligung gesehen werden, die die Widerrechtlichkeit eines fremden Eindringens in die Privatsphäre entfallen liesse. Denn durch den Telephonanschluss soll der Privatbereich nicht jedermann geöffnet werden, "sondern nur dem, der zu dem Inhaber in solchen Beziehungen steht, die die Inanspruchnahme gerechtfertigt erscheinen lassen"[412]. Eine solche Beziehung besteht aber zwischen dem privaten Nichtkunden und dem am Markt auftretenden Kreditinstitut gerade nicht, so dass grundsätzlich jeder gewerbliche Telephonanruf das Persönlichkeitsrecht verletzt. Währenddem die von Telephonanrufen heimgesuchten Marktbürger sich nur mit den Rechtsbehelfen des Art. 28 ZGB wehren können, stehen den Konkurrenten derjenigen Institute, die in der genannten Art auf dem Markt auftreten, die Klagemöglichkeiten des UWG offen. Denn die telephonische Kontaktaufnahme bei Nichtkunden kann durchaus als ein anreisserisches Verhalten gewertet werden[413]. Dies vor allem dann, wenn sich die Anrufe häufen und dadurch zur unzumutbaren Belästigung werden. Aber auch dann, wenn sich der Anrufer nicht sofort als (gewerblicher) Anbieter zu erkennen gibt und den "Umworbenen" (durch Vorspiegelung eines privaten Gesprächs) veranlasst, ihm länger Aufmerksamkeit zu schenken als er das sonst tun würde. Zudem gilt ein Wettbewerbsvorsprung, der auf einem Verstoss gegen zwingende Vorschriften beruht, die auch Mitbewerber binden, stets als unlauter. Die Persönlichkeitsrechte stellen als absolute, also gegen jedermann wirksame Abwehrrechte zweifellos solche Vorschriften dar. Eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte, durch die ein Wettbewerbsvorsprung erzielt werden soll, bedeutet deshalb immer auch ein Verhalten, das mit dem Wettbewerbsgesetz nicht zu vereinbaren ist. Nimmt man an, dass ein unerwünschter gewerblicher Telephonanruf bei einem Nichtkunden eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt, dann würde der Anruf auch aus diesem Grund gegen Treu und Glauben verstossen. Im BGE 81 II 65 hat das Bundesgericht festge-

411 Hubmann H., Das Persönlichkeitsrecht, S. 322; Jäggi P., a.a.O., S. 167a.
412 BGHZ 54 (1970), S. 191; vgl. auch Baumbach/Hefermehl, N. 43 zu § 1 UWG, S. 383.
413 Baumbach/Hefermehl, N. 43 zu § 1 UWG, S. 383.

stellt, dass die Grundsätze von Treu und Glauben besonders dort streng einzuhalten sind, wo nicht bloss wirtschaftliche Interessen der Konkurrenten, sondern gesundheitliche Interessen der Allgemeinheit auf dem Spiele stehen. Allgemein ausgedrückt heisst das wohl, dass strengere Massstäbe angewendet werden müssen, sobald Interessen Dritter in Frage stehen. Dies aber ist bei der Verletzung der Persönlichkeitsrechte immer der Fall.

Anders muss die Beurteilung ausfallen, wenn ein *Unternehmen,* zu dem bisher noch keine Beziehungen bestanden, angesprochen wird[414]. In einem solchen Fall wird die Interessenabwägung zugunsten des Anbieters ausfallen, denn eine wirtschaftliche Unternehmung ist ein offenes, soziales System, das den Leistungs- und Informationsaustausch mit seiner Umwelt pflegt. Sie ist also gegenüber der Aussenwelt weit offener als eine Privatperson. Alle an die Unternehmen herangetragenen Informationen sind Elemente, die dazu dienen, sich ein möglichst genaues Bild von der jeweiligen Marktsituation zu verschaffen, was wiederum Voraussetzung ist, um wirtschaftlich optimale (Beschaffungs-) Entscheidungen treffen zu können. Es liegt also durchaus im Interesse der Unternehmung selbst, über interessante Angebote informiert zu werden.

Andererseits können störende Einflüsse leicht durch einfache organisatorische Massnahmen ausgeschaltet werden. Betriebsangehörige, die sich gegen Störungen von aussen abschirmen wollen, haben die Möglichkeit – durch entsprechende Anweisung an den Telephondienst – unerwünschte Anrufe abzuwenden.

Das OLG Hamburg, das einen solchen Fall zu beurteilen hatte, stellte einen Eingriff in die Betriebsorganisation fest, der darin liegen soll, dass durch die Anrufe Personal blockiert werde[415]. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Einsatz der Marktbearbeitung und der Distribution dem Wettbewerb systemimmanent ist. Er darf deshalb nicht völlig unterbunden werden. Diese Mittel müssen den Wettbewerbern vielmehr immer in einem solchen Masse zur Verfügung stehen, dass eine gewisse Effektivität gewährleistet ist[416]. Nun stellt die Telephonwerbung einerseits ein Mittel dar, das vor allem als erstes Kontaktmittel eine beträchtliche Effektivität aufweist (rasche Kontaktnahme, geringe Kosten)[417]. Andererseits ist der Einfluss auf den Betriebsablauf eher geringer zu veranschlagen als bei den an sich zulässigen Vertreterbesuchen. Die angerufene Firma kann bereits bei der telephonischen Kontaktnahme eine Vorentscheidung treffen und nur eine Auswahl von Anbietern zu weiteren Verhandlungen einladen. Diese Möglichkeit der Vorentscheidung hat für die um-

414 Vgl. Bülow P., Zur Telephonwerbung im gewerblichen Bereich, GRUR 1976, S. 180 ff.; nach Baumbach/Hefermehl (N. 43 zu § 1 UWG, S. 383) kommt es darauf an, ob der Anruf gewünscht wird, bzw. ob der Werbende nach den Umständen davon ausgehen konnte, dass der Gewerbetreibende mit einem Werbeanruf einverstanden ist.

415 OLG Hamburg, BB 1975, S. 1546.

416 So auch Bülow P., Zur Telephonwerbung, S. 181.

417 Im Bankengewerbe wird man in diesem Fall wohl wirklich von "Telephonwerbung" sprechen können, da über diese Vertriebsform kaum Leistungen an neue Kunden abgesetzt werden können. Vielmehr hat man es hier mit einer Form persönlicher Werbung zu tun, die bestenfalls zu weiteren Verkaufsverhandlungen führt.

worbene Unternehmung also den Vorteil, dass sie weniger Zeit für den im allgemeinen zeitintensiveren Vertreterbesuch aufwenden muss. Die Gefahr einer Blockierung der Telephonanschlüsse, die das OLG Hamburg hervorhebt, ist nicht zu sehen, da Unternehmungen vielfach über mehrere Leitungen verfügen und andernfalls eher in der Lage sind als Privatpersonen, das Gespräch kurz zu gestalten.

Bestehen bereits Beziehungen zum Anrufer, so ist in einem solchen Wettbewerbsverhalten kein widerrechtlicher Eingriff in die Individualsphäre zu sehen. Hier steht dem Telephonanruf kein entgegenstehender Wille des Angerufenen entgegen, der diese Handlung zu einer rechtswidrigen werden lässt. Dies trifft ganz besonders bei Bankleistungen zu, denn in diesem Bereich ist die Kundenbeziehung, wie bereits verschiedentlich erwähnt, längerfristig angelegt; d.h. die Beratung beschränkt sich nicht auf das Stadium der "Verkaufsverhandlung". Ein aktives Marketing, das eine umfassende Problemlösung bieten will, verlangt vielmehr, dass das auf den Kunden abgestimmte Leistungsangebot laufend an die sich ändernden Gegebenheiten angepasst wird. Das aber bedingt, dass der Absatzpartner stets über besondere Gelegenheiten, Kursentwicklungen etc. orientiert wird, was unter Berücksichtigung des Zeitdrucks am besten telephonisch zu geschehen hat. Die Telephonanrufe erfolgen also hier durchaus nicht nur im Interesse der Banken, sondern ebensosehr zum Nutzen ihrer Kunden. Die Telephonwerbung und der Abschluss von Geschäften über dieses Medium gehören denn auch (vor allem im Geschäft mit vermögenden Privatkunden und Unternehmungen) zum üblichen Wettbewerbsverhalten der Kreditinstitute.

9.5.5.3. Anhang: Persönliche Kontaktaufnahme zu Nichtkunden

Muss eine Bank regelmässig für einen ihrer Kunden Zahlungen zugunsten eines Nichtkunden durchführen, so wird sie nach einer gewissen Zeit versuchen – meist durch persönliche Kontaktaufnahme – den Begünstigten zu veranlassen, ebenfalls ein Konto bei ihr oder bei einer ihrer Zweigstellen zu errichten. Dieses Vorgehen bezweckt, einerseits neue Kunden zu gewinnen, mit denen später unter Umständen weitere Anschlussgeschäfte getätigt werden können; andererseits kann dadurch erreicht werden, dass die Zahlungen über das Netz des eigenen Instituts geleitet werden, so dass die Gelder in dessen Kreislauf bleiben. Verfügt der Begünstigte seinerseits bereits über eine Bankverbindung, so wird durch ein derartiges Verhalten in die bestehende Beziehung eingegriffen und die Marktposition des Mitbewerbers tangiert. Unter dem Gesichtspunkt des UWG ist gegen solche Wettbewerbshandlungen an sich nichts einzuwenden. Eine Bank darf ohne weiteres versuchen, Kunden der Konkurrenzinstitute abzuwerben. Und zwar auch dann, wenn eine solche Handlungsweise der Standesauffassung widersprechen sollte. Ein derartiges Verhalten verstösst keineswegs gegen das Prinzip von Treu und Glauben, entspricht es doch gerade dem Wettbewerbssystem, dass sich mehrere Anbieter um die Absatzpartner bemühen.

Nun weist das erwähnte Geschäftsgebaren allerdings zusätzliche Merkmale auf, die es als unlauter erscheinen lassen. Dabei steht nicht so sehr die Form der Kontaktaufnahme im Vordergrund, die grundsätzlich nach dem oben Gesagten zu beurteilen ist. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass das Bankengewerbe in hohem Masse auf die Zusammenarbeit aller Mitbewerber angewiesen ist, wenn es seine Funktion (hier die Abwicklung des Zahlungsverkehrs) vollumfänglich erfüllen soll. Dazu gehört notwendigerweise die Kenntnisnahme von Geschäftsbeziehungen der Konkurrenten. Die Banken stehen also, wenn auch nicht in allen, so doch in gewissen Geschäftsbereichen in einer wesentlich engeren Beziehung zueinander als dies unter Wettbewerbern üblich ist. Daraus ergibt sich ein Vertrauensverhältnis, dessen Bruch grundsätzlich gegen Treu und Glauben verstösst. Das bedeutet allgemein, dass eine Bank, die – bedingt durch die technische Zusammenarbeit – Kenntnisse von den Geschäftsbeziehungen ihrer Konkurrenten erlangt, diese nicht für gezielte Marketinganstrengungen ausnutzen darf. Allgemeine Marketingmassnahmen, die sich nicht auf die erlangten Kenntnisse stützen, die also im Rahmen eines bestehenden Absatzplans durchgeführt werden (allgemeine Werbung für ein Konto), sind selbstverständlich auch bei diesen Zielgruppen zulässig[418].

418 Das hier behandelte Vorgehen verschiedener Banken im Zusammenhang mit der Abwicklung des Zahlungsverkehrs wird überdies durch die Konkurrenzierungsrichtlinien der Bankiervereinigung untersagt. Hat eine Bank diese Richtlinien unterzeichnet, so liegt also gleichzeitig eine Vertragsverletzung vor, die das Verhalten auch aus diesem Grund unlauter werden lässt.